Die LL. 5 § 15. 6. 7 D. Commodati vel contra 13, 6.

Ein Beitrag zur Lehre von der Klagenkonkurrenz im römischen und im heutigen Recht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät

der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

ACAD. LAGD. BAT. BIBL.

vorgelegt von

Alfred Lesser

aus Berlin

Kammergerichtsreferendar.

Approbiert am 5. März 1906.

Borna-Leipzig

Buchdruckerei Robert Noske

1906.

163

Referent: Professor Dr. Binder.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsverzeichnis.

Seite

A. Text und Übersetzung der ll. 5 § 15 — 7 D. 16,3 1
B. Mehrere Kommodatare usw. haften in solidum infolge der Unteilbarkeit der Obligation 3
C. Gegenteilige Ansichten, insbesondere Landucci und Ribbentrop . . 8
D. Die Gesamthaftung mehrerer Kommodatare hat Korrealitätsnatur . 18
E. Das von den Kommodataren actione furti Erlangte ist nur dann herauszugeben, wenn sie nicht infolge verabsäumter Obhut zur Interesseleistung verpflichtet sind 21
F. Bei Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsklage findet der Grundsatz: ne bis de eadem re sit actio keine Anwendung 26
G. Die Nachklage auf das amplius der actio mixta 34

Anhang.

Beurteilung des Tatbestandes nach BGB.

A. Mehrere Entleiher haften im Zweifel als Gesamtschuldner 37
B. Der Besitzschutz mehrerer Entleiher 45
C. Die Schadensersatzklage wegen Besitzentziehung 49
D. Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsanspruch 51

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542702_0042

Literaturverzeichnis.

Biermann, Sachenrecht. Berlin 1898.

Binder, Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht. Leipzig 1899.

Brackenhoeft, Identität und materielle Konnexität der Rechtsverhältnisse. Göttingen 1839.

Brinz, Lehrbuch der Pandekten. Erlangen 1892.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. Jena 1903.

Cujacius, Opera. Editio Neapolitana.

Dabelow, Handbuch des heutigen gemeinen römisch-deutschen Privatrechts. Halle 1803.

Demangeat, Des Obligations solidaires en Droit Romain. Paris 1859.

Dernburg, Pandekten. Berlin 1900.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs. Halle 1905.

Donellus, Commentarii ed. Bucher. Norimbergae 1830.

Eisele im Archiv für zivilistische Praxis Bd. 77, Bd. 79.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. 1903.

Faber, Rationalia ad Pandecta. Col. Allobrogum 1624.

Fitting, Natur der Korrealobligationen. 1859.

Fritz in Lindes Zeitschrift N. F. Bd. 22.

Glück, Erläuterungen der Pandekten. Erlangen 1797 ff.

Hasse, Culpa im römischen Recht. Bonn 1838.

Hufeland, Lehrbuch des Zivilrechts. Gießen 1808.

Heimbach in Weiskes Rechtslexikon Bd. 6.

Kniep, Vacua Possessio. Jena 1886.

Kniep, Besitz des BGB. Jena 1900.

Koch, Recht der Forderungen. Bd. 3. 1859.

Kritz, Pandektenrecht. Meißen 1837.

Landucci, Le Obbligazioni in solido. Verona 1880.

v. Liszt, Deliktsobligation. Berlin 1898.

v. Löhr, Beiträge zur Theorie der Culpa. 1806.

Maynz, Eléments de Droit Romain. Bruxelles 1858.

Meermannus, Thesaurus juris civilis. Hagae Comitum 1751.

Merkel, Konkurs der Aktionen. Halle 1877.

Mugdan, Materialien zum BGB. Berlin 1899.
Oertmann, Recht der Schuldverhältnisse. Berlin 1899.
Planck u. a., Bürgerliches Gesetzbuch erläutert. Berlin 1897—1903.
Peters, Klagenkonkurrenz. Berlin 1903.
Petersen-Anger, Kommentar zur ZPO. Lahr 1899—1901.
Ribbentrop, Zur Lehre von den Korrealobligationen. 1831.
Rümelin, Teilung der Rechte. Freiburg 1883.
v. Savigny, System des heutigen römischen Rechts. Berlin 1840—51. Obligationenrecht.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. München 1900.
Schweppe, Römisches Privatrecht in seiner Anwendung auf teutsche Gerichte. 1822.
Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen zur Erläuterung des 1. Entw. Heft 11.
Sintenis, Praktisches Zivilrecht. 1842.
Stammler, Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
v. Staudinger, Kommentar zum BGB. München 1898—1903.
Struckmann-Koch, Kommentar zur ZPO. Berlin 1901.
Thibaut, Zivilistische Abhandlungen. 1814.
Ubbelohde, Lehre von den unteilbaren Obligationen. Hannover 1862.
Vangerow, Lehrbuch der Pandekten. 7. Aufl. Marburg 1876.
Walch, Introductio in controversias juris civilis. Jenae 1791.
v. Wening-Ingenheim, in Lindes Zeitschrift Bd. 4.
Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. v. Kipp. Frankfurt a. M. 1900.
Wolff in Jherings Jahrbuch Bd. 44.

Ulpianus libro XXVIII. ad Edictum. — Si duobus vehiculum commodatum sit, vel locatum simul, Celsus filius scripsit libro sexto Digestorum, quaeri posse, utrum unusquisque eorum in solidum, an pro parte teneatur? Et ait, duorum quidem in solidum dominium vel possessionem esse non posse, nec quemquam partis corporis dominum esse, sed totius corporis pro indiviso pro parte dominium habere. Usum autem balnei quidem, vel porticus, vel campi uniusquiusque in solidum esse — neque enim minus me uti, quod et alius uteretur —, verum in vehiculo commodato vel locato pro parte quidem effectu me usum habere, quia non omnia loca vehiculi teneam; sed esse verius ait, et dolum, et culpam, et diligentiam, et custodiam in totum me praestare debere. Quare duo quodammodo rei habebuntur, et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum, et ambobus competit furti actio,

Pomponius libro V. ad Sabinum. — ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur.

Ulpianus libro XXVIII. ad Edictum. — Unde quaeritur, si alter furti egerit, an ipse solus debeat commodati conveniri? Et ait Celsus, si alter conveniatur, qui furti non egit, et paratus sit periculo suo conveniri alterum, qui furti agendo lucrum sensit ex re commodata, debere eum audiri et absolvi. § 1. Sed si legis Aquiliae adversus socium eius habuit commodator actionem, videndum erit, ne cedere debeat, si forte damnum dedit alter, quod hic, qui convenitur, commodati actione sarcire compellitur; nam et si adversus ipsum habuit Aquiliae actionem commodator, aequissimum est, ut commodati agendo remittat actionem, nisi forte quis dixerit, agendo eum e lege Aquilia hoc minus consecuturum, quam ex causa commodati consecutus est; quod videtur habere rationem.

Übersetzung. Wenn zweien zusammen ein Fuhrwerk geliehen oder vermietet ist, schreibt der jüngere Celsus im 6. Buch seiner Digesten, so könne die Frage entstehen, ob jeder von ihnen auf das Ganze oder anteilsweise haftet. Und er sagt, Eigentum oder Besitz zweier auf das Ganze könne es nicht geben, und man sei nicht Eigentümer an irgend einem Teile der Sache, sondern habe das Eigentum an der ganzen Sache zu ideellem Anteil. Der Gebrauch an einem Bade aber, oder an einem Portikus oder öffentlichen Platze komme zwar einem jeden hinsichtlich des ganzen zu — denn ich mache nicht weniger Gebrauch davon als irgend ein anderer —, bei einem verliehenen oder vermieteten Fuhrwerk aber ist mein Gebrauch tatsächlich ein geteilter, weil ich ja nicht alle Plätze des Fuhrwerks einnehme; doch sagt er, es ist wohl richtiger, daß ich Arglist, Fahrlässigkeit, Aufmerksamkeit und Obhut hinsichtlich des Ganzen vertreten müsse. Deshalb sind sie gewissermaßen als Gesamtschuldner anzusehen, und wenn der eine, nachdem gegen ihn Klage erhoben ist, leistet, befreit er den anderen, und beiden steht die Diebstahlsklage zu, so daß, wenn der eine klagt, die Klage des anderen zurückgewiesen wird.

Ferner fragt es sich, ob wenn der eine mit der actio furti geklagt hat, er allein mit der actio commodati belangt werden könne. Und Celsus sagt, wenn der eine verklagt wird, der nicht die actio furti angestellt hat, und er bereit ist, daß auf seine Gefahr der andere belangt wird, der durch Erhebung der actio furti einen Gewinn mit der entliehenen Sache erzielt hat, so müsse jener gehört und freigesprochen werden. § 1. Aber wenn der Entleiher gegen seinen Genossen die actio legis Aquiliae hat, so ist zu entscheiden, daß er nicht zedieren darf, wenn vielleicht der andere einen Schaden anrichtete, weil der Beklagte mit der actio commodati zum Schadensersatz gezwungen wird. Denn auch wenn der Entleiher gegen ihn selbst die Aquilische Klage hätte, so entspricht es der Billigkeit, daß er durch Erhebung der actio commodati auf jene Klage verzichte, außer wenn man sagen könnte, durch Anstellung der Aquilischen Klage würde er das erlangen, was ihm die actio

commodati weniger einbrächte; und dies entspricht der Rechtskonsequenz.

Nur wenige Quellenstellen beleuchten in so vielseitiger Beziehung die Rechtsstellung mehrerer Kommodatare wie die l. 5 § 15 D. 13, 6 und die sich daran anschließenden ll. 6 und 7 eod.; aber auch nur wenige weisen so viele anscheinende Widersprüche auf gegenüber der Lehre zweier der wichtigsten Gebiete des römischen Rechts, der subjektiven und der objektiven Klagenkonkurrenz. Von jeher sind daher diese Fragmente Gegenstand des Streites und der Aufmerksamkeit der Interpreten gewesen. Zur Lösung der strittigen Fragen beizutragen ist denn auch der Zweck dieser Abhandlung.

Wenden wir uns zunächst zum Inhalt der l. 5 § 15 cit. Ulpian erwähnt hier die Ansicht des Celsus über die Rechtsfrage, ob mehrere, denen eine unteilbare Sache geliehen bezw. vermietet ist, hinsichtlich derselben in solidum oder nur pro parte haften. Er gibt auch die Begründung des Celsus für dessen ebenfalls referierten Entscheid an: die meisten dinglichen Rechtsverhältnisse, vor allem Eigentum und Besitz, sind teilbar, wenn auch nur pro parte indivisa, ein Eigentum oder Besitz zweier in solidum hingegen ist undenkbar. Indes treffe dies nicht beim usus zu, der sehr wohl derart statthaben könne, daß ihn mehrere, ohne sich gegenseitig zu hindern, ganz ausüben. Doch könne von einem Gebrauch, der sich auf die ganze Sache erstreckt, bei einem Fuhrwerk nicht die Rede sein, denn man könne nicht alle Plätze einnehmen, ohne die anderen Mieter am Gebrauch zu hindern. Weiter führt Ulpian den Gedankengang des Celsus nicht fort, sondern teilt unvermittelt (vgl. Eisele, Arch. f. zivil. Praxis Bd. 77 S. 436) den Entscheid des Celsus mit. Zunächst wird es nun unsere Aufgabe sein zu untersuchen, ob die Beweisführung und das aus ihr gewonnene Ergebnis des Celsus richtig ist.

In der Tat ist der usus weniger rechtlich als begrifflich ein unteilbares Recht (pars usus legari non potest, l. 19 D. 7, 8). Die Nutzung der ganzen Sache, beruhe sie nun auf obligatorischem oder dinglichem Rechtstitel wie dem eigentlichen „usus", kann dennoch einer Mehrheit berechtigter Subjekte zustehen. Dann

bedarf es eben einer Abschichtung der Rechtsausübung, geschehe sie nun dem Raume oder der Zeit nach, durch Vertrag oder durch einseitigen Dispositionsakt. Diese Abschichtung aber ist unerläßlich, berührt sie zwar nicht die Ungeteiltheit des Gebrauchsrechts, so beschränkt sie sicherlich die kraft dieses Gebrauchsrechts ausgeübte Gebrauchstätigkeit. Insofern entsteht nun eine allerdings „effectu" geteilte Rechtsausübung, denn die Beschränkung durch die Konkurrenz der anderen hindert den einzelnen, so zu verfahren, als sei hinsichtlich der ganzen Sache er allein berechtigt. Dies muß notwendig immer stattfinden, und die von Celsus herangezogene Gebrauchsausübung bei einem Bade, Portikus oder öffentlichen Platze ist genau dieselbe wie bei einem vehiculum. Celsus und diejenigen Kommentatoren, die hier seiner Begründung folgen, wie z. B. Retes in Meermanns Thesaurus juris civilis 6, 731: „effectu concurrentes sibi partes faciunt et per usum unius impeditur usus alterius quia non ducit vehiculum, quo vult, consentiente alterius, in balneo autem porticu vel campu, usum unius non impedit alterum, possunt enim lavare plures in solidum usus respectu et plures in eodem porticu deambulare", übersehen hier ganz, daß man auch von den ausgedehnten Räumlichkeiten sagen kann: non omnia loca teneo. Die von Ulpian nicht weitergeführte Begründung wird nun wohl gelautet haben: der usus ist zwar „effectu" geteilt, aber nicht de jure, deshalb ist auch geteilte Haftung nicht angebracht. Aber weshalb, so muß man sich fragen, hat denn Ulpian dieses kurze Verbindungsglied in der Folgerung überschlagen und gleich den Entscheid gegeben? Wahrscheinlich, weil ihm die Entscheidung richtig erschien und die Beweisführung falsch. Und daß dem in der Tat so ist, zeigt folgende Erwägung:

Alle Beziehungen zwischen den Kommodataren und Kommodanten regelt das zwischen ihnen bestehende obligatorische Verhältnis. Aus diesem entspringt ihr Recht zum Gebrauche, aus ihm entspringen durch die Art und Weise der Gebrauchstätigkeit bedingte Verpflichtungen, ihm entstammt endlich die Verpflichtung, nach bestimmter Zeit die Gebrauchstätigkeit einzustellen. Diese Basis ist eine ausschließliche, eine andere Tat-

sache als die, daß ein juris vinculum eine Schuldnermehrheit mit einem Gläubiger verknüpft, kann für obligatorische Beziehungen zwischen ihnen nie existenzbegründend wirken. Deshalb muß die Frage, ob und in welcher Weise eine Verbindlichkeit zwischen ihnen besteht, stets auf diese persönlichen Beziehungen zurückgeführt werden, nie darf die dingliche Seite ihrer Rechtsstellung zum Ausgangspunkt der Erörterung gemacht werden.

Allein die durch den Vertragsschluß erzeugte Gebundenheit kann maßgebend sein für die Stellung, die die Kommodatare dem Gläubiger gegenüber einnehmen, nie kann die Art und Weise, wie sie ihre Gebrauchsberechtigung gegenüber der Außenwelt betätigen, die Art der Verfügung über die Sache, die sie kraft obligatorischen Rechtsverhältnisses detinieren, von Einfluß auf die Gestaltung und Wirksamkeit der Gläubigerrechte sein. Diese dingliche Seite ihrer Rechtsausübung ist also gänzlich auszuscheiden, wenn die obligatorische Gebundenheit der Kommodatare in Frage steht. Sind sie auch durch die tatsächlichen Verhältnisse genötigt, in ihrem Verhältnis zur Sache geteilte Beziehungen zu schaffen, so kann und braucht der Gläubiger die Einzelheiten dieses Internums nicht berücksichtigen, denn die Schuldner können wohl einseitig ihr Verhältnis zur Sache regeln, und zwar in unserem Falle durch wechselseitige Beschränkung der einem jeden ganz zustehenden Gebrauchsbefugnis, nie aber kann diese einseitige Regelung dem Gläubiger gegenüber von Wirksamkeit sein und die obligatorischen Beziehungen zu ihm beeinflussen.

Ihm gegenüber ist ihre Stellung immer die, daß ein jeder von ihnen zu voller Gebrauchsberechtigung legitimiert ist. In anderer Weise kann ja auch die Hauptverbindlichkeit des Kommodanten gar nicht erfüllt werden, wenn die Absicht der Parteien darauf gerichtet ist, daß mehrere eine res individua geliehen erhalten; daß die Sache nur einmal geleistet werden kann, und da nur einmalige Leistung gewollt, auch trotz Vorhandenseins mehrerer Forderungsberechtigter, ist lediglich Folge ihrer natürlichen Beschaffenheit. Wie aber steht es mit den anderen Verbindlichkeiten aus der Kommodatsobligation? Dar-

unter sind viele, deren Leistung bewirkt werden kann durch mehrmaliges gleichartiges Handeln, besonders die Leistung des Interesses in Geld. Diese Frage läßt sich gut an einem Beispiel erörtern. Man denke, mehreren ist, nicht wie Celsus will, ein mehrsitziger, sondern ein einsitziger Wagen geliehen. Um diesen gebrauchen zu können, müssen die Entleiher sich gegenseitig zeitweilig ausschließen. Wie nun aber dem Außenstehenden jetzt von einer Beschränkung durch die anderen nichts sichtbar wird, so auch dem Gläubiger nicht, dem gegenüber ja jeder Kommodatar zu jeder Zeit gebrauchsbefugt ist, so bindet m. a. W. das juris vinculum ihn nicht mit dem jeweilig innehabenden detentor zu dessen, durch die Schuldner allein festzusetzender rata temporis, sondern auf die ganze Dauer der Leihe, und ebenso bei örtlicher Begrenzung nicht auf den vom einzelnen detinierten Teil, sondern auf die ganze Sache.

Der Gesichtspunkt aber, von dem aus die Verpflichtung der mehreren Kommodatare zu beurteilen ist, ist der der Unteilbarkeit ihrer Verpflichtung. Ihre Verbindlichkeit erschöpft und charakterisiert sich in der Restitutionspflicht, alle anderen Leistungen, mit denen sie aus dem Kommodat in Anspruch genommen werden, treffen sie nur um einer ordnungsgemäßen Restitution willen oder damit für eine schuldhaft nicht erfolgte Rückgewähr dem Gläubiger ein Äquivalent geboten wird (vgl. Binder, Korealobligationen S. 76: „Wodurch anders erhält das Interesse seine Bestimmung als durch den Inhalt der Obligation?“ Re wird der Vertrag geschlossen, restitutione erlischt er, es stellen sich also Begründungsakt wie Erfüllung des Schuldverhältnisses als das nämliche, von und für alle zu bewirkende Übertragen derselben Sache dar. Es liegt nun in der Natur der Restitutionshandlung, daß sie nur ungeteilt vorgenommen werden kann, die Verpflichtung hierzu muß also als obligatio faciendi die einzelnen so treffen, daß der einzelne die Leistung ganz bewirken muß, die einmal bewirkte Erfüllung aber auch die übrigen befreit.

Folgt somit aus der Unteilbarkeit der Restitutionshandlung die solidare Haftung für diese, so muß auch das ganze Ver-

hältnis zwischen Schuldnern und Gläubigern solidar sein, denn, wie bereits erwähnt, bildet die Restitutionspflicht den wesentlichen Inhalt der Kommodatsobligation.

Deshalb muß auch dann die Schuldnerhaftung eine solidarische sein, wenn die Verpflichtungsmehrheit an sich eine physisch teilbare, durch eine Mehrheit qualitativ gleichwertiger Akte erfüllbare, ist, m. a. W. die Solidarität der einzelnen Verpflichtungen und Berechtigungen mehrerer Kommodatare ist auf die durch den Vertragsschluß hervorgerufene Unteilbarkeit der Obligation selbst zurückzuführen. Demnach erstreckt sie sich auf die Verpflichtung

a) zur Restitution der Sache selbst,

b) zur Interesseleistung mangels Restitution,

c) zur Interesseleistung wegen Unmöglichkeit der Restitution infolge dolus, culpa, verabsäumter diligentia und custodia,

d) zur Tragung der gewöhnlichen Unterhaltskosten der Sache, zur Herausgabe der Akzessionen und Surrogate, bei der Miete auch auf die Verpflichtung zur Zahlung des Mietpreises (vgl. unten S. 15); auf die Berechtigung

a) zum Ersatz des Schadens, den die res commodata anrichtet,

b) zum Ersatz der über das gewöhnliche Maß hinausgehenden Verwendungen (über diese aktive Seite der Solidarität vgl. unten S. 21).

Die hier dargelegte Ansicht, die im wesentlichen der von Anton Faber, Rationalia ad Pandecta 3, 614; Voet, Comm. ad Pand. 13, 6 § 3; Cujacius, Observationes XXVI c. 26; Glück Bd. 13, 472 (vgl. die dort Zitierten); Thibaut, System § 889; Koch, Recht der Forderung 3, 422; Holzschuher, Theorie und Kasuistik des gemeinen Zivilrechts II, 2 S. 502; unter den neueren von Fitting, Korrealobligationen S. 230; Fritz, Über Korrealobligationen ohne Korrealstipulation, in Lindes Zeitschr. N. F. Bd. 22 S. 473; Baron, Gesamtrechtsver-

[1]) omissio diligentiae und custodiae sind nach Hasses Definition, „Culpa" S. 221, dem genus culpa gegenüber Spezies; nach v. Löhrs Terminologie (Beiträge S. 15) verhält sich die Verpflichtung zur custodia zu der zur diligentia wie der Teil zum Ganzen.

hältnisse; Ubbelohde, Lehre von den unteilbaren Obligationen S. 236, 267; Brinz, Pand. 2, 599 und Binder, Korrealobligationen S. 98, vertretenen Anschauung folgt, ist indessen von vielen Seiten bestritten, so daß ein Eingehen auf die verschiedenen entgegenstehenden Ansichten angebracht ist. Man hat der Obligation, die auf der passiven Seite mehrere Kommodatare zu Subjekten hat, ihren solidaren Charakter teils ganz nehmen, teils ihn auf die Haftung für das Interesse bei dolosem oder kulposem Handeln beschränken wollen, teils die Solidarität erst durch besonders darauf gerichteten Willen der Parteien erklären wollen.

Windscheid-Kipp (Pand. § 298 N. 15) erklären die Solidarität hinsichtlich der Interesseleistung, die bedingt wird durch das unerlaubte Verhalten der Schuldner, damit, daß diese Verpflichtung eine unteilbare sei, quia pro parte delinqui non potest. Die Verpflichtung, unerlaubtes Handeln zu vermeiden, trifft mehrere, die eine res individua detinieren, immer als solidarische, gleichgültig, ob sie die Sache kraft obligatorischen Rechtsgrundes oder ohne besonderes vertragliches Verhältnis hinter sich haben. Dieser doppelte Gesichtspunkt, von dem aus das deliktische Verhalten gerügt werden kann, darf nun aber nicht dazu führen, unterschiedslos die Delikts- der Vertragshaftung gleichzustellen, wie es Windscheid (a. a. O.) tut, wenn er ausführt: „Es macht dabei keinen Unterschied, ob dieses unerlaubte Verhalten unter dem Gesichtspunkt des Verstoßes gegen eine konkrete Rechtspflicht oder unter dem des Delikts zur rechtlichen Würdigung kommt.“ U. E. ist ein sehr erheblicher juristischer Unterschied zwischen diesen beiden Arten der Inanspruchnahme des Delinquenten vorhanden. Die allgemeine bürgerliche Verpflichtung, sich jeden Eingriffs in fremde Interessensphären zu enthalten, kann mit der besonderen im Vertrag begründeten Verpflichtung, die Vertragspflichten zu erfüllen, nicht identisch sein (vgl. darüber unten S. 28).

Schadensersatz und Interesse können zwar denselben wirtschaftlichen Wert haben, sie sind juristisch so verschieden wie die Klagen, mit denen sie gefordert werden, wie die Gründe, auf denen sie beruhen.

Auch die Gründe, die die Solidarität der Delikts- wie der Vertragshaftung erzeugen, sind nicht dieselben, hier ist es die Unteilbarkeit der Unterlassungshandlung, dort die Unteilbarkeit der Leistung, die die Gesamtverpflichtung begründet. Aber der deliktische Gesichtspunkt muß vollständig außer acht bleiben, wenn das deliktische Verhalten auf vertraglicher Grundlage geahndet werden soll. Und wie diese Haftung actione commodati wahrgenommen wird, nicht etwa doli oder legis Aquiliae actione, so muß in diesem Fall der Vertrag ausschließlich, nicht das Delikt als Grundlage einer solidaren Haftung angesehen werden, die sich nicht nur singulär auf das unerlaubte Verhalten erstreckt (vgl. den Einwand Fittings a. a. O. S. 230: wie könnte mit der Kontraktsklage solidare Haftung beansprucht werden, wenn die Solidarität nicht kontraktlich entsteht?). Weshalb hätten ferner auch Ulpian und Celsus das Vertragsverhältnis zum Ausgangspunkt der Erörterung gemacht, um ein Resultat zu gewinnen, das sie auf einfachere Weise hätten gewinnen können? Wozu die, wenn sicherlich unrichtigen, so doch erklärlichen Ausführungen des Celsus über die Geteiltheit bezw. Ungeteiltheit des Gebrauchs, wo doch über die Unteilbarkeit des deliktischen Handelns unter den römischen Juristen sicherlich kein Zweifel war? Und dann betrachte man die Frage: utrum unusquisque eorum in solidum an pro parte teneatur? Hieraus geht doch wohl zur Genüge hervor, daß nach der Solidarität der Haftung für sämtliche dem Kommodatsverhältnis eigentümlichen Verbindlichkeiten (affirmativ) gefragt wird. Der Frage muß nun auch die Antwort entsprechen, und wenn diese lautet: dolum et culpam et custodiam et diligentiam in totum me praestare debere, so ist zu sagen, daß diese Antwort eben unvollständig ist, was aber insofern seine Erklärung findet, daß die solidarische Verbindlichkeit zur Restitution der Sache selbst eine selbstverständliche ist, bei den anderen aus dem Kommodat sich ergebenden Verpflichtungen höchst selten eintreten wird, mit Ausnahme der Leistung des Interesses, diese aber im allgemeinen durch unerlaubtes Handeln bedingt sein wird. Ferner kommen in Betracht die Haftung für die Restitution selbst,

wenn durch Akzession oder durch elementare Zerlegung der res composita oder durch Surrogate an Stelle der Sacheinheit eine Mehrheit von Sachindividuen tritt, geschweige denn die Verpflichtung hinsichtlich der Verwendungen. Alle diese Fälle können doch dann vom Windscheidschen Standpunkt aus nicht in die Solidarität der Haftung mit einbegriffen werden. Erscheint uns deshalb die Anwort des Celsus einmal in diesem Sinne einer Ergänzung hin bedürftig, so andererseits, weil die solidare Haftung diesem Vertragsverhältnisse nichts Eigentümliches, sondern aus allgemeinen Grundsätzen gegeben zu erachten ist, noch im anderen Sinne auffaßbar, nämlich dem einer „korrealen" Haftung der Kommodatare (vgl. unten S. 20). Erklärt Windscheid indes die solidare Haftung für Leistung des Interesses aus der Unteilbarkeit der Verpflichtung heraus, so will Landucci die nach seiner Ansicht ebenfalls auf dolus und culpa beschränkte Haftung in solidum in ganz anderen Gründen suchen. Er sagt in seinen „Obbligazioni in solido" S. 65: „Allora ne verrebbe che l'obbligo all'intiero restituere trarebbe seco un' intiera responsabilità per la colpa, il dolo et la negligenza, e ne nascerebbe solidarietà" und beruft sich für diese seine Ansicht auf die bekannte von Bartolus und Baldus aufgestellte Theorie von der obligatio primitiva und secundaria, wonach die Solidarität der obligatio primitiva sich der secundaria nicht mitteile. Diese Theorie ist indes von Anton Faber an (Rationalia 3, 614) unter Berufung auf Accursius bis auf den heutigen Tag von der überwiegenden Mehrzahl der Schriftsteller verworfen worden, und so könnte man mit Ablehnung dieser auch Landuccis Ansicht entgegentreten, wenn er nicht auch einige Quellenstellen heranzöge, die allerdings von einer anteilweisen Haftung beim Kommodat sprechen. Diese Stellen, aus denen der Autor nur eine Teilverbindlichkeit, für ordnungsgemäße Restitution einzustehen, folgern will, sind

1. l. 3 § 3 D. h. t. (Ulpian):

Heres ejus qui commodatum accepit, pro ea parte qua heres est, convenitur nisi forte habuit facultatem totius rei restituendae nec faciat; tunc enim condemnatur in solidum quasi hoc boni judicis arbitrio conveniat.

Hier steht hingegen der Auffassung nichts im Wege, anzunehmen, die Restitution sei bereits zu Lebzeiten des Erblassers unmöglich geworden, und das dafür zu leistende Interesse sei als passivum auf seine Erben überkommen, die aber nach dem bekannten Grundsatz: nomina ipso jure sunt divisa nur gemäß ihrer Erbportion haften; sei aber dennoch die Sache selbst in den Nachlaß gefallen, und einer der Erben habe sie in Händen und verweigere die Herausgabe, so sei hierin ein doloses Verhalten zu erblicken (vgl. l. 8 § 9 D. 17, 1; l. 36 D. 15, 1), für das er eben in solidum einzustehen habe (vgl. Binder a. a. O. S. 79).

2. l. 17 § 2 D. h. t. (Paulus):

Si ex facto heredis agatur commodati, in solidum condemnatur, licet ex parte heres.

Hier ist der Tatbestand, umgekehrt wie in der vorhin zitierten Stelle, der, daß mehrere Erben die dem Erblasser geliehene Sache detinieren und ebenso zu behandeln sind, als sei mit ihnen selbst kontrahiert. Deshalb sind sie eben in solidum verpflichtet, sowohl zur Restitution wie zur Interesseleistung, und die mit „licet“ eingeleitete Gegenüberstellung ist nicht die von Restitutions- und Interessehaftung, sondern die für Haftung hinsichtlich solcher Verbindlichkeiten, die vom Erblasser her als teilbar, und solcher, die ihnen als unteilbar überkommen sind (vgl. Binder a. a. O. S. 99).

Demnach kann, wie Landucci will, die Tatsache des Nichtbesitzes der res commodata den einzelnen nicht entschuldigen und ihn nur dann befreien, wenn dieser die Folge von casus ist, nicht ihn aber seiner Verbindlichkeit entledigen, wenn er bereit ist, dem Kommodanten seine Quote an dem Innenverhältnis abzutreten. Ist in concreto die Restitution eben nur möglich, daß sie durch vereintes Zusammenwirken der mehreren Kommodatare geschieht, so kann die Haftung des einzelnen nicht darauf beschränkt sein, daß er seinen Teil zum Zustandekommen dieses Zusammenhandelns beitrage, sondern er haftet für Eintritt des Erfolgs der Restitution überhaupt, genau wie er ja berechtigt war, die Hingabe der Sache ganz an sich zu verlangen. Dieser

von Landucci strikt verneinten Verpflichtung tritt besonders Brinz (a. a. O. S. 599) entgegen, wenn er deduziert: „sie haften solidarisch im Sinne der Ganzhaftung, insofern als gegen jeden in solidum geklagt werden kann ... die Verbindlichkeit zur Rückgabe trifft einen jeden ganz, so daß, solange sie überhaupt besteht, gegen jeden in solidum geklagt werden kann, also ein Einwand daraus, daß er nicht allein hafte, nicht entnommen, eine Entschuldigung darin, daß ihn die anderen hindern, nicht gefunden werden kann.“ (Rümelin, a. a. O. S. 243 f. will die Interesseleistung bei unverschuldetem Nichteintritt des Erfolges darnach differenzieren, ob der einzelne verpflichtet ist, diesen Erfolg allein oder nur unter Mitwirkung der anderen herbeizuführen. Hiergegen ist mit Ubbelohde a. a. O. S. 251 einzuwenden, daß das Zustandekommen dieses Zusammenhandelns stets interne Angelegenheit der mehreren Schuldner ist und deshalb nie den Gläubiger treffen darf.)

Eine Anzahl älterer Autoren, von der Ansicht ausgehend, daß die in der l. 5 § 15 cit. behauptete Solidarität der Haftung für unerlaubtes Handeln nicht dafür beweisend sei, daß dem Kommodanten die actio commodati überhaupt in solidum zustehe, verneinen schlechthin die vertragliche Grundlage der solidaren Gebundenheit und behaupten, die Kommodatare wären nur nach Maßgabe ihrer Anteile verpflichtet, eine Anschauung, die ja auch Landucci vertritt. Indes stützt letzterer seine Begründung nicht auf so wenig beweisende Quellenzeugnisse wie diese Autoren, zu denen u. a. Walch, Controversiae juris civilis p. 553; Dabelow, Handbuch des deutsch-römischen Privatrechts § 1216; Hufeland, Lehrbuch des Zivilrechts § 555 N. 4; vgl. auch die bei Glück 13, 472 zitierten, gehören. Sie berufen sich auf die

l. 21 § 1 D. h. t. (Africanus):

In exercitu contubernalibus vasa utenda communi periculo dedi, ac deinde meus servus surreptis his ad hostes profugit et postea sine vasis receptus est; habiturum me commodati actionem cum contubernalibus, constat, pro cujusque parte ...

Über das Verhältnis dieser Stelle zur l. 5 § 15 cit. hat Ribbentrop, Korrealobligation S. 132 N. 14 zwei Ansichten auf-

gestellt: Einmal sei die Abmachung, für periculum commune d. h. für casus einzustehen, das Versprechen eines „incertum in Gelde“ und daher eine von vornherein teilbare Verpflichtung, die einzelnen auch nur pro parte treffend, andererseits könne sehr wohl ein Schulgegensatz zwischen dem Sabinianer Africanus und dem Prokulejaner Celsus vorliegen.

Will man zu einer solchen Antinomie seine Zuflucht nicht nehmen, so kann man sie dadurch mit der l. 5 § 15 cit. . . . vereinigen, daß man die Parteien einen vertraglichen Ausschluß der sonst eintretenden solidaren Haftung vornehmen läßt (so auch Cujacius, ad Africanum Tractatus, Opp. I, 1441 und Hasse, Beitrag zur Revision der bisherigen Theorie von der Gütergemeinschaft S. 20 N. 1; Glück a. a. O. N. 14. 15 will auch in der l. 5 § 15 vertraglichen Ausschluß der solidaren Haftung annehmen. Er tut dies ohne Begründung; in der Stelle selbst wäre eine solche auch nicht zu finden).

Hiergegen wäre indes wohl mit Ribbentrop (a. a. O.) unter Himolis auf

l. 55 pr. D. de adm. et peric. 26, 7 (Tryphonin):

> et tutorum quidem periculum commune est in administratione tutelae, et in solidum universi tenentur . . .

einzuwenden, daß periculum commune est nicht bedeuten kann: die Gefahr wird pro parte von den einzelnen getragen.

Hiermit glauben wir gezeigt zu haben, daß aus den Quellen eine gesetzlich eintretende pro rata-Haftung der Kommodatare nicht zu folgern ist, und müssen uns nun gegen eine Reihe von Autoren wenden, die wohl eine solidare Haftung als in der l. 5 § 15 cit. ausgesprochen anerkennen, diese aber auf Gründe stützen, die mit den oben von uns angeführten nicht im Einklang stehen. Es sind dies vor allem Ribbentrop und Demangeat, ersterer a. a. O. S. 121 f., letzterer in seinen „Obligations solidaires en Droit romain“ p. 153. Ihre Ansicht vertritt ohne nähere Begründung auch Heimbach in Weiskes Rechtslexikon 6, 661.

Diese Schriftsteller führen nämlich aus, an sich hafteten die Kommodatare pro rata, aber die näheren Umstände be-

stimmen sie dazu, einen auf solidare Haftung gerichteten Willen zu fassen, der einem gleichen emanierenden Willen des Kommodanten begegnet.

Wenn nun die l. 5 § 15 cit. hiervon nichts enthält, so berufen sich diese Autoren darauf, daß ein solches pactum adjectum keiner ausdrücklichen Form bedarf, ja es sei sogar zu subintelligieren. Berührt sich diese Anschauung mit der unseren darin, daß sie den Vertrag die Solidarität der Obligationen begründen läßt, so weicht sie darin erheblich ab, daß sie die akzidentielle Natur der Solidarität betont, während diese u. E. rechtliche und damit ohne besondere Willensrichtung entstehende Konsequenz des „re" geschlossenen Vertrages ist. So sagt Demangeat a. a. O.: „c'est donc toujours à l'intention qu'il faut s'attacher; du reste cette intention n'a pas besoin d'être exprimée en termes formels" und p. 151: „Le droit commun est toujours que l'obligation ou l'action se divise de plein droit entre les débiteurs que chacun est tenu seulement pro ratâ." (Ähnlich auch Sintenis, Praktisches Zivilrecht 2, 129 N. 29.) Diese seine Ansicht belegt Demangeat aus den Quellen hinsichtlich des Kommodats mit l. 47 D. locati 19, 2 (Marcellus):

Cum apparebit, emtorem conductoremve pluribus vendentem vel locantem singulorum in solidum intuitum personam, ita demum ad praestationem partis singuli sunt compellendi, si constabit esse omnes solvendo; quamquam fortasse justius sit etiamsi solvendo omnes erunt, electione conveniendi quem velit non auferendam actori, si actiones suas adversus ceteros praestare non recuset.

Diese überdies noch interpolationsverdächtige Stelle (vgl. Eisele a. a. O. S. 457 N. 75) handelt, wie sich deutlich aus den Worten „si omnes solvendo erunt" ergibt, von der durch das beneficium divisionis ermöglichten Verteilung der Schuld im Prozesse auf die einzelnen, muß also notwendig eine in solidum bestehende Verbindlichkeit der einzelnen zur Voraussetzung haben. Wenn nun Demangeat diese solidare Haftung als beabsichtigt ansieht, so ist zu bemerken, daß hinsichtlich dieser Haftung beim Kauf sicherlich eine besondere Abmachung erforderlich ist, denn hier ist die Obligation als auf ein beider-

seitiges dare der Parteien gerichtet von Anfang an teilbar, dann aber können die Worte: in solidum in personam singulorum intuitus gerade den Gegensatz zu der trotz dieser Solidarität eintretenden Teilverurteilung bilden. Mit anderen Argumenten begründet Ribbentrop a. a. O. 129 f. die Notwendigkeit eines solchen pactum adjectum, das die gesetzlich eintretende pro rata-Haftung der Kommodatare ausschließt. „Nun wird ja aber der Kommodatar usw.“, führt Ribbentrop aus, „nur verurteilt, insoweit er wirklich restituieren kann oder sich durch seine Verschuldung dazu außerstande sieht. Bei dieser besonderen Beschaffenheit der Leistung muß sogar angenommen werden, daß auch die Absicht der Kontrahenten darauf gerichtet sei, für die Restitution und für die Vernachlässigung der die Möglichkeit derselben bedingenden diligentia und custodia in solidum haften zu wollen.“

Ribbentrop beschränkt also einmal die Solidarität auf die Restitution der Sache selbst und auf die Interesseleistung wegen dolus und culpa, schließt sie also aus hinsichtlich des Mietsgeldes (S. 122 Anm.; ein Erkenntnis des Oberappellationsgerichts Lübeck, abgedruckt in Seufferts Archiv Bd. 2 Nr. 173, will die Solidarität auch hierfür vermutet wissen). Andererseits behauptet er, die Haftung für die unterlassene Restitution sei insofern eine partielle, als ja nur Verurteilung auf den Teil eintrete, den man schuldig sei zu restituieren, und nur dann, wenn man dieser Schuld infolge dolus oder culpa nicht genügen könne, so daß, um die condemnatio pro parte auszuschließen, ein besonderer Parteiwille nötig sei. (Anders kann m. E. die Ribbentropsche Anschauung — man vgl. besonders S. 183 — nicht sein; a. M. sind Fitting a. a. O. S. 230 N. 253; Fritz a. a. O. S. 482.) Da nun in der l. 5 § 15 cit. von einem solchen Willen im Tatbestand nicht die Rede ist, will Ribbentrop ihn darin vermutet sehen, daß die Restitution keine solche Handlung ist, die Mühe, Aufwand, Arbeit erfordert. Bei solchen veranlasse der Umstand der Müheaufwendung sehr natürlich die Frage, ob der einzelne sich habe anheischig machen wollen, für die Erfüllung in solidum zu haften, bei einem „restituere“ spreche dafür eine durch die mühelose Art der Erfüllung be-

gründete Vermutung. Hiergegen ist einmal einzuwenden, was bereits oben bemerkt, daß ein Zusammenwirken der Schuldner herbeizuführen nicht Sache des Gläubigers sein kann, andererseits, daß die Unterscheidung, die Ribbentrop macht, eine rein faktische ist.

Was nun die Ansichten Ribbentrops über die an sich bloß pro parte bestehende Restitutionsverpflichtung betrifft, für die er sich ebenfalls auf die ll. 3 § 3 und 17 § 2 D. 13, 6 beruft, so kann auf die Darstellung S. 10 ff. verwiesen werden. Ribbentrop argumentiert indes noch mit der condemnatio pro parte, die er auch bei dem restituere als „etwas rein Faktischem, bei dem von Teilen gar nicht die Rede sein kann", an sich eintreten lassen will, die Solidarität müsse also erst geschaffen werden, um diese Wirkung zu beseitigen. (Schweppe, Römisches Privatrecht § 773, sagt wiederum: „Die an sich bestehende Solidarobligation bewirkt, daß alle Fakta von jedem der Verpflichteten ganz vorzunehmen sind, und erst die an Stelle des Faktums tretende litis aestimatio teilt sich wieder.")

Freilich ist die Ansicht, daß selbst bei unteilbarer Leistung die Verurteilung als pekuniäre stets pro parte zu erfolgen habe, erst in neuerer Zeit bekämpft worden und auch heute nicht als in dem einen oder anderen Sinne endgültig entschieden anzusehen. Die pro parte eintretende condemnatio pecuniaria, wenn Gegenstand der Obligation ein facere, also eine unteilbare Leistung ist, wird ausgesprochen angesehen in der l. 72 pr. D. de verb. obl. 45,1 (Ulpian):

Stipulationes non dividuntur earum rerum, quae divisionem non recipiunt, veluti viae itineris actus aquae ductus ceterarumque servitutium. Idem puto, et si quis faciendum aliquid stipulatus sit, utputa fundum tradi vel fossam fodire vel insulam fabricari vel operas vel quid his simile, horum enim divisio corrumpit sipulationem. Celsus tamen libro XXXVIII. digestorum refert, Tuberonem Existimasse ubi quid fieri stipulemur, si non fuerit factum, pecuniam dari oportere, ideoque etiam in hoc genere dividi stipulationem. Secundum quem Celsus ait posse dici justa aestimatione facti dandam esse petitionem.

Die früher herrschende Meinung, so Ribbentrop a. a. O.

S. 231; Vangerow, Pand. § 567, 2 I; heute noch Dernburg, Pand. § 24, 2 b; Rümelin a. a. O. S. 251, nahm allgemein an, daß in Übereinstimmung mit Celsus und Tubero Ulpian die Teilbarkeit der Verpflichtung zum facere, falls es zur Kondemnation käme, darin sähe, daß von vornherein mangels ausbleibender Erfüllung das Interesse versprochen, dies aber schon im Augenblick der Versprechensabgabe als teilbare Leistung anzusehen sei. Dieser Ansicht steht nun die bei Verpflichtung zur Einräumung einer Servitut eintretende Verurteilung in solidum (l. 25 § 10 D. 10, 2) entgegen, und so motivierte man diesen Unterschied damit, daß hier die Leistung des Interesses erst in solutione, nicht schon in obligatione stehe, eine Unterscheidung, die haltlos wird, wenn man die nach Gajus IV § 48 stets eintretende condemnatio pecuniaria berücksichtigt und Savignys Argument beitritt, daß die solidare Haftung dann doch nicht aufgehoben werden könne, wenn es zur Rechtsverwirklichung kommt. Deshalb haben verschiedene Versuche stattgefunden, eine Teilung der Judikatssumme bei obligationes faciendi zu verneinen. Teils behauptet man eine Antinomie zwischen Ulpian und den beiden älteren Juristen (so Savigny, Obligationenrecht I, 359 f.); Ubbelohde deduziert in äußerst scharfsinnigen Ausführungen, Ziel der petitio (= formula) sei eine certa pecunia gewesen, die ermittelt worden sei durch eine vor dem Prozeß stattgehabte justa aestimatio; diese certa pecunia sei aber nichts anderes als die bereits zu Lebzeiten des Promittenten fällig gewordene und demgemäß quotenweise auf seine Erben überkommene Verpflichtung zur Interesseleistung (a. a. O. S. 88 f.; ebenso Windscheid-Kipp § 299 N. 7). Wäre hiernach als erwiesen anzusehen, daß bei einer obligatio faciendi Teilverurteilung aus den Quellen nicht zu folgern, eine pro parte bestehende Verbindlichkeit zur Herausgabe nicht bestehen kann und von ihr ebenfalls in den Quellen nicht die Rede ist, so muß aus diesen Gründen die Ansicht Ribbentrops, es sei Solidaritätsabrede nötig, um eine ungeteilte Haftung und Verurteilung herbeizuführen, als nicht zutreffend bezeichnet werden. Vielmehr ist, wie oben angeführt, die durch das Nehmen und Geben derselben Sache von und an mehrere Personen her-

vorgerufene Unteilbarkeit aller ihrer Verpflichtungen und Berechtigungen, die ihnen aus der hingegebenen res commodata erwachsen, die Begründung dafür, daß alle diese Rechtswirkungen so entstehen, als habe ein jeder die Sache ganz erhalten. Durch Wahrnahme seiner Rechte und Erfüllung seiner Verflichtungen hinsichtlich der ganzen Sache muß der einzelne aber, da die Sache nur einmal gegeben, mit Rechtswirkung für und gegen die anderen handeln, denn die den Zwecken des Gläubigers dienende solidare Haftung hat ihren Zweck erfüllt, wenn die Gebundenheit des einzelnen hinsichtlich des Ganzen rechtswirksam in Anspruch genommen worden ist.

Es entsteht hiermit die Frage, in welchem Augenblick handelt der einzelne Kommodatar rechtswirksam für und gegen seine Genossen? Diese Frage entscheiden, heißt nichts anderes, als die Verbindlichkeit der Entleiher einer der beiden bei Keller und Ribbentrop als Korreal- und Solidarobligation bezeichneten Kategorien von Gesamtverbindlichkeiten einreihen. Das Gemeinschaftliche beider ist ja bekanntlich die sogen. „gesamtzerstörliche Wirkung der Erfüllung und ihrer Surrogate", das Unterscheidende, daß bei der Korrealobligation die Litiskontestation mit dem einen die anderen befreit, bei der Solidarobligation hingegen nicht.

Es kann nicht Aufgabe dieser Darstellung sein, die ganze Lehre vom Unterschied dieser beiden Obligationstypen zu entwickeln, sondern es ist hier lediglich das Gesamtrechtsverhältnis mehrerer Kommodatare Gegenstand unserer Betrachtung. Die sedes materiae ist auch für diese Frage die l. 5 § 15 cit., die als einzige Quellenstelle ex professo dies Gesamtverhältnis behandelt.

Daß die Obligation selbst derart die Schuldnermehrheit mit dem Gläubiger verbindet, daß sie aus ihr solidar haften, ist oben erläutert worden, es bedarf also weder eines hinzutretenden Willensmomentes, noch eines unerlaubten Handelns, wenn der einzelne ganz verpflichtet sein soll. Daß das Kommodat an mehrere eine solche Wirkung hervorbringen kann, zeigt sich in der l. 9 pr. D. de duob. reis 45, 2 (Papinian):

Eandem rem apud duos pariter deposui, utriusque fidem

in solidum secutus, vel eandem rem duobus similiter commodavi, fiunt duo rei promittendi, quia non tantum verbis stipulationis, sed et ceteris contractibus, veluti emtione venditione, locatione conductione, deposito, commodato ... (zu ergänzen ist: fiunt).

Diese Stelle pflegt von der herrschenden Ansicht aber andererseits in Gegensatz zu unserer l. 5 § 15 cit. gestellt zu werden, unter Hinweis darauf, daß in ersterer die Kommodatare als „duo rei promittendi", in letzterer als „duo quodammodo rei" bezeichnet werden, und man erläutert dies gemeiniglich dahin, daß im ersten Fall die vertragsmäßig begründete Korreal-, im zweiten die auf anderen Umständen beruhende Solidarobligation vorliegt (so Ribbentrop S. 134f.; v. Wening-Ingenheim in Lindes Zeitschr. 4, 397; Demangeat, der die actio stricti juris correal, alle actiones bonae fidei und in factum dagegen solidar gegen den Schuldner zustehen läßt, will trotz des „non tantum" den Unterschied auch in diese Stelle hineintragen, a. a. O. S. 184). Die Ribbentropsche Unterscheidung indes scheint eine mehr auf den Wortlaut der Stelle als auf die Natur der Sache gegründete. In beiden Fällen ist von der Leihe derselben Sache an zwei Personen die Rede, und es sollte eine verschiedene Haftung eintreten, ja eine ausdrücklich fixierte Solidarität der Haftung sollte für den Gläubiger eine ungünstigere Wirkung erzielen als eine nicht bedungene, die nach unserer Ansicht dem Vertragsschluß selbst entspringt, nach der Ribbentropschen wenigstens zu supponieren ist? Aber, könnte man hiergegen einwenden, weshalb sollte dann Paninian diese überflüssige Korrealitätsabrede hinzugefügt haben? Binder a. a. O. S. 366 meint, er sei ebenso wie Celsus und Ulpian im Zweifel darüber gewesen, ob ein Kommodat an mehrere auch wirklich an sich Solidarität erzeuge, und kann „daher die Korrealitätsabrede die Bedeutung gehabt haben, Solidarität aller Zweifel ungeachtet zu erzeugen"; nach Eiseles Ansicht (a. a. O. S. 450) bedeuten die Worte „utriusque fidem in solidum secutus" „bloß eine Darlegung dessen, was hier auch ohne Verabredung regelmäßig stattfindet" (so auch Fritz a. a. O. S. 480). Ist dies eine Moment an sich nicht so bedeutungsvoll, um einen verschiedenen Tatbestand zwischen

beiden Stellen mit Entschiedenheit ablehnen zu können, so erscheint ein zweites Argument um so mehr für diese Ansicht beweisend. Es ist die von Eisele m. E. überzeugend nachgewiesene Interpolation der l. 5 § 15 cit. Und zwar beruft sich Eisele (a. a. O. S. 435 f.) weniger auf sprachliche als inhaltliche Merkmale; er führt nämlich aus: „Es hat keinen Sinn, durch das quodammodo den hier vorliegenden Fall mit dem zweier rei zu vergleichen, wenn gerade von dem, was für zwei rei das Charakteristische ist, das Gegenteil stattfindet." Denn die angeführte Wirkung der Solidarität: et si alter conventus praestiterit, liberabit alterum ist auch eine solche der Korrealität, kann also nicht in Gegensatz zu ihr gebracht werden. Hieraus erhellt wohl mit ziemlicher Gewißheit, daß das „praestiterit" eine durch die c. 28 C. 8, 40 Justinians bedingte Hinzufügung ist und die Stelle in Wirklichkeit gelautet hat: „et alter conventus liberabit alterum", so daß auch in diesem Fall der Typus „Korrealobligation" vorliegt. Indes kann, wie Eisele S. 437 will, das „quodammodo" doch wohl nicht den Gegensatz zu rei promittendi, also zu Stipulationsschuldnern, andeuten, denn diese werden ja in der älteren l. 9 pr. D. 45, 2 bereits mit Kommodataren gleichgestellt, vielmehr erscheint das quodammodo insofern ebenfalls tribonianisch, indem es dem oben von uns verworfenen Gedankengang folgt: da jetzt (nach der Interpolation) erst die Erfüllung gesamtzerstörlich wirkt, so sind vom Standpunkt des alten Rechts aus die Gläubiger nur gewissermaßen Korrealschuldner (Ch. Maynz, Droit Romain II, 267 Nr. 9 erklärt das quodammodo damit, daß eigentliche correi auch in solidum kondemniert werden, die Kommodatare dagegen nicht, eine Auffassung, der wir bereits oben entgegengetreten sind). In einigen Worten der l. 5 § 15 cit. scheint uns aber besonders ein Merkmal für die Korrealität der Kommodatare zu liegen, nämlich, wie schon erwähnt, in dem Entscheid des Celsus: et dolum et culpam et custodiam et diligentiam in totum me praestare debere. Ist, was freilich bestritten, der Rechtssatz der l. 18 D. de duob. reis 45, 2 (Pomponius): Ex duobus reis ejusdem Stichi promittendi factis alterius factum alteri nocet . . . für sämtliche Fälle der Korreal-

obligation im Gegensatz zur Solidarobligation anzuwenden (vgl. Binder a. a. O. S. 263 f.), so trägt diesem auch der oben erwähnte Entscheid Rechnung (so Eisele a. a. O. S. 447: sonst hat die ganze Solidarhaftung für den Gläubiger, für dessen Gunsten sie doch ist, sehr wenig Wert; auch Anton Faber a. a. O. 3, 615 vertritt schon diesen Standpunkt).

Erscheint uns somit die Korrealität der Kommodatare auf der passiven Seite vorzuliegen, so muß sie auch aktiv dem Kommodanten gegenüber vorhanden sein, denn der solidaren Restitutionsverpflichtung der Kommodatare muß eine entsprechende Berechtigung gegenüberstehen, den Ersatz des Schadens und der Verwendungen zu verlangen, die bedingt waren durch die sie treffende Restitutionspflicht.

Aber nicht nur dem Kommodanten, auch anderen Personen gegenüber sind die Kommodatare Gesamtgläubiger. So einem fur gegenüber, und daß hier keine Solidarität i. e. S., sondern Korrealität vorliegt, geht zur Evidenz aus den Worten des Pomponius: ut alterutro agente alterius actio contra furem tollatur hervor. Worauf beruht denn nun diese Korrealität zwischen den Kommodataren gegenüber einem extraneus? Sie muß jedenfalls durch andere Momente bedingt sein als die zwischen ihnen und dem Kommodanten begründete, denn eine jede Gesamtverbindlichkeit kann doch als rein persönliche Beziehung ihre Wirkung nie ultra partes äußern. Die Korrealität resultiert hier vielmehr aus folgenden Tatsachen:

Nach der Ansicht der römischen Juristen, vgl. die Meinung Julians in l. 14 § 10 D. de furtis 47, 2 (Ulpian):

> Neque enim is cujus cunque intererit, rem non perire, habet furti actionem, sed qui ob eam rem tenetur quod ea res culpa ejus perierit.

ist die Aktivlegitimation eines Nichteigentümers zur actio furti durch ein eigentümliches Interesse bedingt, nicht lediglich die Tatsache der Gebrauchsentziehung, sondern die Inanspruchnahme wegen unterlassener Obhut, die dem Bestohlenen seitens eines Gläubigers drohe, berechtige jenen zur actio furti.

Durch die Entziehung der res commodata wird nun rechtswidrig in die Interessensphäre der Kommodatare eingegriffen.

Denn ihr Interesse wird ja durch die Schadensersatzpflicht bedingt, die sie trifft, wenn ihre mangelnde Achtsamkeit es verschuldet hat, daß die Sache nicht naturaliter restituiert werden kann. (Über die unbedingte Haftung für jedes furtum s. unten S. 24.)

Dies Interesse aber ist ein korreales, denn als Solidarschuldner nimmt sie actione commodati der Kommodant in Anspruch, es wird also durch diese Interessensolidarität auch die Solidarität ihres Anspruchs gegenüber dem fur erzeugt.

Die ganze Frage indes, inwieweit dem Eigentümer neben dem Kommodatar die Klage zustand, insbesondere inwieweit der erstere durch Erhebung derselben den Detentor ausschloß, ist aus den Quellen mit Sicherheit nicht zu ersehen. Vgl. dazu Windscheid § 453 N. 14; Jhering, Abhandlungen aus dem röm. Recht S. 48; F. Mommsen, Erörterungen aus dem Obligationenrecht Heft 1 S. 90. Daß die Frage außerordentlich bestritten war, zeigen c. 22 pr. §§ 1—3 C. 6, 2 und §§ 15, 16 I 4, 1. Insbesondere ist sehr zweifelhaft, ob das, was der Detentor actione furti erlangt hat, er als lucrum an den Dominus herauszugeben habe oder es für sich selbst behalten dürfe, da es doch eine Buße, also etwas Höchstpersönliches ist. Wenn man die l. 6 D. locati 18, 2 (Gajus):

> „Is qui rem conduxerit, non cogitur restituere id quod rei nomine furti actione consecutus est“

und die in der l. 22 § 3 C. 6, 2 referierte Ansicht Papinians:

> „. . . Papinianus, licet variaverit, eligendus est, non in prima, sed in secunda definitione qua statuit lucrum minime ad dominum rei pervenire, ubi enim periculum, ibi et lucrum collocetur, nec sit damno tantum deditus qui rem commodatam accepit, sed liceat ei lucrum sperare“

mit unserer l. 7 pr. D. 13, 6 vergleicht, in der Ulpian sicherlich eine Klage auf das lucrum dem Eigentümer „utpote ex suae rei occasione ortum“ gewährt, so scheint auch wohl zwischen Papinian und Ulpian eine Meinungsverschiedenheit hierüber bestanden zu haben. Indes scheint aus folgenden Erwägungen eine Vereinigung dieser drei Stellen angängig: Soviel geht aus den verschiedensten, auch justinianeischen Quellenstellen hervor,

daß, wenn dem detentor die actio furti zusteht, dies davon abhängig ist, daß der Diebstahl durch sein Verschulden, also durch ommissio custodiae, ermöglicht worden ist; so vor allem Ulpian selbst in der erwähnten l. 14 § 16 de furtis, dann aber auch in der l. 12 pr. eod.:

„Itaque fullo, qui curanda, polienda vestimenta accepit, semper agit, praestare enim custodia debet; si autem solvendo non est, ad dominum actio redit . . ."

Ein Mangel der Aktivlegitimation liegt also einmal vor bei Insolvenz des Detentors, dann aber auch, wenn der Detentor dem Dominus zur Interesseleistung nicht verpflichtet ist. Indes ist es offensichtlich, daß diese Mängel nicht vom Diebe gerügt werden können, denn die Rechtsverwirklichung diesem gegenüber kann sich nicht danach modifizieren, daß ihm das Stehlen mehr oder weniger leicht gemacht worden ist, und so kann die Berechtigung bezw. Nichtberechtigung nur auf das Verhältnis zwischen Dominus und Detentor von Einfluß sein. Es sind also zwei Möglichkeiten, von denen das rechtliche Schicksal des von den Kommodataren actione furti erlangten duplum bezw. quadruplum abhängt:

a) Der Dominus ist nicht zur actio furti berechtigt, alsdann kann er auch die poenitentia nicht verlangen; man bedenke aber, daß seine Interesseforderung weit über das quadruplum hinausgehen kann!

b) Der Dominus ist an sich zur actio furti berechtigt, ist diese aber bereits vom Kommodatar angestellt, dann kann er Zession derselben an sich beanspruchen (arg. l. 90 D. 47, 2 — Javolenus —), ist sie schon durchgeführt, so ist der Dieb von ihm befreit, aber die vom fur an die Kommodatare geleistete Pönitenz steht ihm zu.

Derjenige Umstand aber, nach dem sich nun das Vorliegen einer dieser beiden Möglichkeiten bestimmt, ist (abgesehen von der hier nicht interessierenden Insolvenz) lediglich das Außerachtlassen der nötigen custodia. Ob dies kulpose Handeln aber den Kommodataren zu imputieren ist oder nicht, m. a. W. ob sie von der actio commodati freizusprechen sind oder auf das Interesse zu kondemnieren, ergibt sich regelmäßig erst

durch die in judicio erfolgende Beweisaufnahme, so daß erst hierdurch die Berechtigung zur actio furti definitiv bestimmt wird. Insoweit kann allerdings Ulpian sagen: ambobus competit actio furti, ohne die von ihm selbst statuierten Einschränkungen hinzuzusetzen (vgl. Hasse, Culpa S. 313: Bei jedem, der custodia zu prästieren hat, wird präsumiert, daß er in culpa sei), denn erst dann, wenn der Kommodatar im Prozeß mit dem dominus kasuelle Kontrektation der Sache nachweist, erlischt nachträglich und mit rückwirkender Kraft seine Aktivlegitimation. Freilich erscheint es auf den ersten Blick sonderbar, daß jemand sich durch Gegenbeweis eines ihm präsumtiv zustehenden Rechtes entledigt, aber man bedenke, daß in diesem Falle die Nichtberechtigung zur actio furti gleichbedeutend ist mit Befreiung von allen Kommodatsverbindlichkeiten. Das Ergebnis der Beweisaufnahme, nämlich, ob den Kommodataren omissio custodiae zur Last fällt oder nicht, bedingt nun entweder Freisprechung oder Verurteilung auf das Interesse und dementsprechend Anspruch bezw. Nichtanspruch auf die Pönitenz. Letzterer Alternative scheint m. E. den erwähnten Entscheidungen des Gajus und des Papinian zugrunde zu liegen, die erstere hingegen dem Tatbestand der l. 7 pr. cit. Denn eine Substanziierung der actio commodati wäre nur zweifach möglich:

a) Das lucrum ist Surrogat der res commodata, oder

b) der Kommodatar hat die nötige custodia verabsäumt.

Keine der beiden Klagen zeigt sich als begründet, was die gefällte Sentenz erweist, denn im ersten Fall gemäß unseren obigen Ausführungen, im zweiten nach dem Wortlaut der l. 5 § 15 cit. müßte condemnatio in solidum eintreten. Da dies nicht der Fall ist, gestattet die Freisprechung des Kommodatars einen Schluß auf Nichtverschuldung des Diebstahls (hiermit wird am besten die Ansicht von Löhrs, Beiträge S. 163 f. widerlegt, der behauptet, derjenige, welcher custodia zu prästieren hat, müsse unbedingt für jedes furtum einstehen, ebenso auch Bruckner, Custodia S. 96 f.; Baron, Arch. f. ziv. Praxis 52 S. 65 f.; hiergegen mit Recht Windscheid § 264 N. 9 und Brinz II § 269; vgl. auch l. 14 § 12 D. de furtis 47, 2:

Quodsi conduxerit quis, habebit furti actionem, si modo culpa ejus surrepta sit res). Diese Absolution von der actio commodati zeigt aber andererseits, daß ein Anspruch des Kommodanten auf Herausgabe des lucrum besteht. Es würde nun der bonae fidei-Natur der actio commodati und dem bonum arbitrium des judex widersprechen, wenn er nicht unter der Bedingung absolvierte, daß der Kommodatar vorher diesem, mit actio negotiorum gestorum oder condictio sine causa event. zu erzwingenden, von der Freisprechung abhängigen Anspruch des Kommodanten Genüge leiste. Da der Kommodatar hierauf aber nur pro parte verhaftet ist und das lucrum nicht in Händen hat, erfüllt er seine Verpflichtung ja durch Zession seines Anspruchs aus dem Innenverhältnis, also in der Regel der actio pro socio, an den Kommodanten. Höchstwahrscheinlich konnte aber in der klassischen Zeit diese Klagenzession nur in der Weise statthaben, daß der Zedent den Zessionar zum procurator in litem ernannte. Er hatte also für die sumptus litis einzustehen, was in unserer Stelle mit dem „suo periculo" bezeichnet zu sein scheint. (Aus dem „paratus, suo periculo alterum conveniri" eine Art exceptio excussionis personalis herauszulesen, wie es Kritz, Pandektenrecht I, 2 S. 412 will, muß deshalb verworfen werden.)

Man kann übrigens die l. 7 pr. noch einfacher erklären, wenn man erwägt, daß die Verpflichtung zur Herausgabe des lucrum anstatt mit einer actio negotiorum gestorum oder condictio sine causa auch wohl mit einer prätorischen actio utilis erreichbar sein kann, und auf diese sich die Frage: unde quaeritur . . . an commodati conveniri debeat? bezieht, so daß hinter commodati die Worte utili actione zu ergänzen wären, eine Insertion, die sich bekanntlich oft in den Quellen ernötigt.

Weiter heißt es dann, eine solche Zession der actio pro socio brauche dann nicht statthaben, wenn der Genosse des belangten Kommodatars einen Schaden angerichtet hat. Denn dann könne der Beklagte sich nicht durch Zession befreien, sondern sei auf Ersatz des Schadens zu verurteilen (ein neuer Beweis für das korreale Verhältnis der Kommodatare!). Auf diese Weise erhält der Kommodant den Schadensersatz, den

er vom anderen Schuldner mit der actio legis Aquiliae (nicht commodati actione, denn diese ist durch litis contestatio mit dem andern konsumiert) außerdem noch verlangen könne. Dies sei aber offenbar unbillig, so daß die Anstellung der Kommodatsklage als Verzicht auf die actio legis Aquiliae anzusehen sei. Ebenso sei dies anzunehmen, wenn der Beklagte selbst passiv zur aquilischen Klage legitimiert sei, ausgenommen den Fall, daß mit der actio legis Aquiliae der Überschuß über das Erträgnis der Kontraktsklage erzielt werden kann.

Ulpian verläßt mit dieser Betrachtung das Gebiet der sogen. subjektiven Klagenkonkurrenz, um sich der eigentlichen oder objektiven zuzuwenden. Nach der üblichen Einteilung gliedert sich diese in die sukzessive, kumulative und elektive Klagenkonkurrenz; indes hat schon Savigny (System 5, 205 f.) nachgewiesen, daß die Koexistenz mehrerer Klagen an sich etwas rechtlich Bedeutungsloses und damit nicht als zusammenfassendes Begriffsmerkmal geeignet sei, sondern er verlangt „Einfluß des gleichzeitigen Bestehens auf ihre Wirksamkeit". Diesen Einfluß sieht er bedingt in ihrem „gemeinschaftlichen juristischen Gegenstand oder Zweck". Vertreten durch Windscheid, Vangerow und vor allem durch Merkels „Aktionenkonkurs", ist diese Lehre die herrschende geblieben, bis Eisele (Archiv f. d. zivil. Praxis Bd. 97 S. 326 f.) und ihm sich anschließend Peters, Klagenkonkurrenz, eine völlige Umgestaltung der Lehre befürworteten. Sie gehen von der Anschauung aus, daß mehrere Klagen mit einheitlichem Zweck sowohl als auf verschiedenen als auch einheitlichen Klagetatsachen beruhen können. Aus dieser Identität der causa folge nun: eadem causa — eadem res, und hier müsse dann der Grundsatz Platz greifen: ne bis de eadem re sit actio, m. a. W., liegt bei elektiv konkurrierenden Klagen Identität der causa vor, so bewirke Anstellung der einen Konsumtion der anderen (sogen. Elektionskonkurrenz), während in den anderen Fällen bloße „Solutionskonkurrenz" vorliegt. Es entsteht nun die Frage: wann liegt Einheit der causa vor? Eisele (a. a. O. S. 367) beantwortet sie dahin, daß dies sowohl bei Identität des Rechtsverhältnisses wie bei Identität der rechtsverletzenden

Handlungen der Fall sei. Allein Peters (a. a. O. S. 16f.) weist nach, daß diese Einheit nur bei Identität der rechtsverletzenden Handlungen vorliegen könne und demgemäß Eiseles Ansicht einzuschränken sei. Indes ist u. E. auch hier die Identität nur eine scheinbare, und in folgendem sei versucht, aus allgemeinen Gründen wie gestützt auf das Zeugnis der Quellen unsere ablehnende Haltung gegenüber dieser Theorie des näheren zu begründen: Laufen mehrere Klagen in eandem personam, so kann, wenn ihr Zweck derselbe ist, die Konkurrenz mehrerer Poenalklagen und die mehrerer Kontraktsklagen untereinander, sowie die von Kontraktsklage und actio mixta vorliegen (da letztere ja zum Teil reipersekutorischen Charakter hat) und ebenso die von Poenalklage und actio mixta (da hier wiederum beiden zum Teil der Strafzweck gemeinsam ist). Haben die Klagen nur einen zum Teil gemeinsamen Zweck, so erstreckt sich das Konkurrenzverhältnis natürlich nur auf diesen Teil, der heterogene Teil der Klage konkurriert kumulativ, da ihm ja das Begriffsmerkmal der elektiven Konkurrenz, die Identität des juristischen Gegenstands, fehlt. Hat nun Peters, wie oben erwähnt, bereits anerkannt, daß bei Konkurrenz von Kontraktsklagen untereinander nicht eadem causa vorliegen kann, so ist auch diese Ansicht für die übrigen Fälle nicht vertretbar. Denn es fordert jede rechtverletzende Handlung, um als solche von rechtlicher Bedeutung zu sein, ein Objekt, gegen das sie sich richtet, sie muß in die Integrität eines von der Rechtsordnung für schutzwert erachteten Zustandes eingreifen.

Wie aber bereits oben (S. 8) erwähnt, beruht die doppelte Möglichkeit der Rechtsverfolgung auf einer Duplizität der Rechtsverletzung. Die Verletzung des gläubigerischen Rechts und die des Eigentumsrechts durch eine Deteriorierung der Sache beruhen wohl auf derselben äußern Einwirkung, die aus ihnen hervorgehenden Ansprüche sind aber so verschieden wie die verletzten Rechte selbst. Ein jeder Anspruch aber muß einen erschöpfenden, selbständigen, ihn erzeugenden Grund haben. Bei Einheit des Klagegrundes können somit nur identische Ansprüche entstehen, wie es bei der subjektiven Klagenkonkurrenz der Fall ist.

Damit ist die Frage, ob ein Fundament der Klage gegründet ist, nach der verschiedenen Verletzung zweier verschiedener Rechtsverhältnisse zu beurteilen, so daß die actio legis Aquiliae und die actio commodati bezw. locati nicht auf eadem causa beruhen und somit auch nicht Identität der Leistung nach sich ziehen können. Denn sind die Ansprüche (also das Recht zur Leistung) verschieden, so müssen auch die Leistungen verschieden sein, denn die Leistung am Erfüllungsort, zu der mir der Vertrag ein Recht gibt, und die Leistung am locus delicti commissi sind sicher nicht juristisch identisch (man denke an die Verschiedenheit der lex fori!). Dasselbe Klagefundament und Einheit der Leistung kann deshalb nie bei verschiedennamigen Klagen vorliegen, sondern nur bei gleichnamigen (wie bei der subjektiven Klagenkonkurrenz).

Indes läßt sich, wie immer, eine bedenkliche Theorie am besten aus den Quellen widerlegen. Was nun zunächst die von Eisele als Beweis für ausdrückliche Erwähnung der Identität der causa bei deliktischem Handeln herangezogene

l. 34 pr. D. de obl. et act. 44, 7 (Paulus):

> Qui servum alienum injuriose verberat, ex uno facto incidit et in Aquiliam et in actionem injuriarum . . .

betrifft, so lassen sich gleich die folgenden Worte: injuria enim ex affectu fit, damnum ex culpa, als Beweis dafür anführen, daß das „unum factum" nicht sehr vielsagend ist. Für denselben Tatbestand entscheidet dann aber Labeo in der

l. 15 § 46 D. de injuriis 47, 10,

daß non eadem res vorliege, also für Eisele das gerade Gegenteil wie Paulus in der l. 34 pr. cit. Man könnte nun sehr wohl, wie Eisele a. a. O. S. 357 will, eine Kontroverse zwischen Paulus und Labeo annehmen, aber nicht, „ob prozessuale Konsumtion in dieser Materie das Ausschlaggebende sei — darüber sind sie alle einig —, sondern ob im einzelnen Konkurrenzfall eadem res vorliege", aber dieser Gegensatz hebt sich doch wieder völlig auf, wenn man die Gründe Labeos betrachtet: quia altera actio ad damnum pertineret culpa datum, altera ad contumeliam, also genau dasselbe, was oben Paulus ausführt.

Wir wollen zunächst diejenigen Stellen anführen, auf die sich Eisele und Peters hauptsächlich für ihre Ansicht berufen, diese zu widerlegen versuchen, um dann solche Fragmente zu zitieren, die klar für unsere Anschauungen sprechen.

So viel sei indes gleich von vornherein zugegeben, daß ältere Juristen der Ansicht waren, daß die konsumierende Wirkung der Litiskontestation auch bei der koncurrenten actio Platz greife. Dies erhellt zur Genüge aus der soeben erwähnten l. 34 pr.:

> . . . sed quidam (aiunt inss. Haloander, Vulgata) altera electa alteram consumi.

Ferner l. 18 § 3 D. 13, 5 (Pomponius):

> Vetus fuit dubitatio, an qui hac actione egit, sortis obligationem consumat.

Diese abweichende Ansicht ist aber nirgends in den Digesten u. E. direkt ausgesprochen. Dem werden nun folgende Fragmente entgegengehalten:

a) l. 18 § 1 D. 13, 6 (Gajus):

> Sive autem pignus sive commodata res sive deposita deterior facta sit, non solum istae actiones sunt, de quibus loquimur, verum etiam legis Aquiliae: sed si qua earum actum fuerit, aliae tolluntur. . . .

b) l. 47 pr. D. pro socio 17, 2 (Ulpian):

> Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio. . . .

c) l. 5 § 1 D. de calumn. 3, 6 (Gajus):

> Quare si fuerit condictum, utrum tollitur haec actio?

d) l. 18 D. ad leg. Aqu. 9, 2 (Paulus):

> sed et si is qui pignori accepit servum, occidit eum vel vulneravit, lege Aquilia et pignoraticia conveniri potest, sed alterutra contentus debebit esse actor.

e) l. 50 D. pro socio 17, 2 (Paulus):

> sed actione pro socio consequitur, ut altera actione contentus esse debeat . . .

f) l. 43 D. locati 19, 2 (Paulus):

> si vulneraveris servum tibi locatum, ejusdem vulneris

nomine legis Aquiliae et ex locato actio est, sed alterutra contentus actor esse debet.

Was diese sechs Fragmente betrifft, so ließen sich diese an sich wohl für die gegnerische Ansicht ins Feld führen. Allein die unten angeführten, dem direkt widerstreitenden Stellen müssen uns dazu führen, entweder ein consecutum esse zur Voraussetzung des tollere, perimere alteram actionem zu machen, oder anzunehmen, daß dies nicht der technische genaufixierende Ausdruck für die prozessuale Konsumption ist. In diesem Sinne vgl. die unten S. 32 erwähnte l. 2 § 3 D. 47, 1 von Ulpian. Auch die Wiedergabe der l. 47 pr. D. 17, 2 in den Basiliken spricht für uns: *εἰ δὲ διὰ τοῦ φορτίβον κονδικτίον λάβω το πρᾶγμα.*

Ferner dürften die drei Fragmente des Paulus, die sämtlich von „contentum esse alterutra actione" reden, zumindest eine Auslegung nach beiden Seiten hin zulassen. Indes dürfte actio hier mehr im materiellen Sinne gebraucht sein, denn zufrieden bezw. unzufrieden sein kann man doch nur mit einer materiellen Rechtsbegründung, -veränderung oder -aufhebung, nicht aber mit den sie vermittelnden Formalien.

Haben wir bisher Fragmente angeführt, auf die sich die gegnerische Anschauung noch mit gewissem Recht stützen konnte, so wird sich unsere Betrachtung jetzt zu solchen wenden, aus denen unmöglich Konsumtionskonkurrenz gefolgert werden kann. Es sind dies zunächst Stellen, die alle von einer cautio de remittendo bezw. einem remittere actionem reden. Diese Maßregel scheint zuerst von den Sabinianern für nötig erachtet zu sein, so Pomponius in

l. 36 § 2 D. de H. P. 5, 3 (Paulus):

Si possessor hereditarium servum occiderit, id quoque in hereditatis petitione veniet. Sed Pomponius ait, actorem (praetorem, Haloander) debere eligere, utrum velit sibi eum condemnari, ut caveat se non acturum lege Aquilia, an malit integram sibi esse actionem legis Aquiliae omissa ejus rei aestimatione a judice.

l. 5 § 25 D. locati 19, 2 (Gajus):

. . . sed utique judicis qui ex locato judicat, officio continetur, ut ceteras actiones locator omittat,

l. 13 D. de R. V. 6, 1 (Ulpian):

Unde quaeritur an non alias judex damnum aestimare debeat, quam si remittatur actio legis Aquiliae? Et Labeo putat, cavere petitionem oportere lege Aquilia non acturum; quae sententia vera sst.

Endlich spricht die l. 7 § 1 cit. ebenfalls von der Notwendigkeit des remittere actionem. Wenn die Sabinianer und ihnen folgend Ulpian eine solche Vorsichtsmaßregel als nötig ansehen, ja geradezu von ihr das kondemnatorische Urteil abhängig machen, so ist evident, daß die fallen gelassene actio noch nicht konsumiert ist (so Savigny, System Bd. 5 S. 263 Anm.). Eisele indes, der sonst immer die präzise Ausdrucksweise der klassischen Juristen betont, sieht hierin nichts Überflüssiges: „Dem Schuldner, wennschon er die Gewißheit hat, daß er rechtlich frei geworden ist, muß doch auch noch daran gelegen sein, daß er tatsächlich nicht mehr mit einem weiteren Anspruch behelligt wird“ (a. a. O. S. 385). Als ob er sich nicht dazu der exceptio rei in judicum deductae hätte bedienen können, wenn hier Konsumptionskonkurrenz vorläge. Auf die Geltendmachung einer solchen beruft sich dann Eisele auch für

l. 34 § 1 D. 44, 7 (Paulus):

si is cui rem commodavero, eam subripuerit, tenebitur quidem et commodati actione et condictione, sed altera actio alteram peremit aut ipso jure aut per exceptionem.

Es muß uns aber unbenommen bleiben, Ausschluß der einen actio durch die andere (nach Befriedigung) bei stricti juris judicia ope exceptionis doli, bei solchen bonae fidei ipso jure anzunehmen (vgl. Julians l. 28 D. 19, 1). Aber durch nichts wird die Auffassung Eiseles besser widerlegt als durch das Prinzipium der Stelle. Hier referiert nämlich Paulus, wie bereits oben erwähnt, daß ältere Schriftsteller Konsumption der einen actio durch die andere angenommen haben, eine andere Richtung jedoch nur dann, wenn die actio gravior zuerst angestellt wäre; aber, fährt Paulus fort, „et haec sententia per

praetorem inhibenda est", woraus doch hervorgeht, daß er beide Ansichten verwirft, mithin gewiß keine Konsumption im Sinne haben konnte. Und was die Klassiker gelegentlich unter peremtio actionis verstehen, zeigt l. 2 § 3 i. f. D. 47, 1 (Ulpian):

> . . . Sed si servus sit, qui haec admisit, quacumque actione noxae deditus, peremta est altera actio.

Zuletzt seien dann die Fragmente angeführt, aus denen die von uns vertretene Ansicht klar erhellt.

l. 35 § 1 D. locati 19, 2 (Africanus):

> . . . recte quidem notat, sed tamen etiam Servi sententiam veram esse puto, cum eo scilicet, ut cum alterutra actione rem servaverim, altera perematur, sodann die bereits erwähnte

l. 18 § 3 D. 13, 5:

> . . . et tutius est dicere solutionis potius ex hac actione facta liberationem contingere, non litis contestatione, quoniam solutio ad utramque obligationem proficit.

Diese Stellen bedürfen wohl keiner weiteren Erläuterung, so daß wir hiermit es als erwiesen betrachten können, daß trotz der gegenteiligen Ansicht älterer Juristen die in den Quellen exzerpierten Aussprüche in keiner Weise die Beeinflussung der konkurrenten actio durch bloße Erhebung der anderen annehmen, und einziger eine Beeinträchtigung des Schuldners durch zweimaliges Fordern ausschließender Rechtssatz war: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur (Gajus l. 57 D. 50, 17).

Eine andere Frage indes ist es, ob das kondemnatorische Urteil von Einfluß auf die andere actio ist, da der Grund des klägerischen Anspruchs ja als berechtigt anerkannt ist, und es somit nicht noch einer neuen Feststellung bedarf, daß der Kläger, wenn auch aus anderem Grunde, zu einer Leistung berechtigt sei, die denselben (nicht vermögensrechtlichen, sondern ökonomischen — so mit Recht Peters a. a. O. S. 10 —) Zweck hat wie die ihm bereits zugesprochene. Donellus IV, 474 drückt dies folgendermaßen aus: Et valde stultum sit novam actionem quaerere, ad id obtinendum in quo jam exsecutionem judicati partam habeas.

Und in der Tat scheint sich diese Ansicht mit zwei Fragmenten belegen zu lassen:

a) l. 27 § 11 D. 9, 2 (bestätigt durch Collatio XII, 7, 9): Proculus ait, cum coloni servi villam exussissent, colonum vel ex locato vel ex lege Aquilia teneri . . ., et si uno judico res esset judicata, altero amplius non agendum.

b) l. 11 D. arb. furt. caes. 47, 7: sed si de arboribus caesis ex lege Aquilia actum sit, interdicto quo vi aut clam reddito absolvetur, si satis prima condemnatione gravaverit reum, manente nihilomimus actio ex lege XII tabularum.

Will man nun nicht mit Merkel (a. a. O. S. 12) ein consecutum esse voraussetzen, so scheint die erste Stelle die exceptio rei judicatae im Auge zu haben (so Savigny, System 6, 415), da außer der Voraussetzung der Aktionenkonkurrenz noch eadem quaestio vorliegt, und zwar deshalb, weil bei beiden Klagen der colonus sich durch noxae deditio befreien kann; eine Ansicht, die noch an Wahrscheinlichkeit gewinnt, wenn man bedenkt, daß der colonus im judicium imperio continens verklagt wird, für ein solches aber die Notwendigkeit der exceptio rei judicate besonders betont wird (vgl. Gajus IV § 106). Was den zweiten Fall betrifft, so zeigt das „satis gravaverit", daß irgend eine zum Urteil hinzutretende, die Wirkung desselben zu Ungunsten des Verurteilten erhöhende Maßnahme (also vermutlich cautio judicatum solvi) und nicht die bloße res judicata an sich Untergang des Anspruchs aus dem Interdikt herbeiführt; dann aber wird ja auch mit dem Interdikt nur ein Verbotsausspruch des Prätors erwirkt, einen solchen enthält aber auch schon das erste Urteil. So glauben wir gezeigt zu haben, daß es in erster Linie Aufgabe des Zivilrechts ist, unbegründete Rechtsänderungen zu verhüten, sie gegebenenfalls rückgängig zu machen. Diese Aufgabe erfüllt das jus strictum allein, unbeeinflußt von Erwägungen der Billigkeit und wirtschaftlicher Notwendigkeit. Erst die Norm des freieren Rechts trägt dem Rechnung. Verfolgen nun zwei Klagen einen wirtschaftlich gleichen Zweck trotz verschiedener Ansprüche, auf denen sie basieren, so braucht der Rechtssatz des jus liberum: bona fides non patitur, ut bis idem exigatur

erst dann einzugreifen, wenn die Durchführung beider Ansprüche eine Treuwidrigkeit zur Folge haben würde. Dieser Augenblick aber ist erst gekommen, wenn die Einheit des wirtschaftlichen Zwecks kollidiert mit der Mehrheit der juristischen Zwecke, nicht eher, vorher entspricht es den Forderungen strengster Gerechtigkeit nicht minder wie einer von Billigkeitserwägungen getragenen milderen Auffassung, daß die beiden Aktionen einen Einfluß aufeinander nicht äußern.

Die Klagen konkurrieren aber, wie erwähnt, nur quoad reipersecutionem, so daß der nicht reipersekutorische Teil aus dem Konkurrenzverhältnis herausfällt, seine Konkurrenz ist eine lediglich kumulative; deshalb kann auch die remissio actionis nur quoad reipersecutionem erfolgen. Was also die actio mixta mehr einbringt als die vorher erhobene und durchgeführte Kontraktsklage, kann unbedenklich selbständig nachgefordert werden. Dies Resultat ist ziemlich unbestritten, bezeugen es doch die Quellen zu deutlich, so die bereits erwähnte l. 47 pr. D. 17, 2: Sed si ex causa furtiva condixero, cessabit pro socio actio, nisi pluris mea intersit. l. 42 D. eod.:

Quodsi ex stipulatu eam consecutus sit, postea pro socio agendo hoc minus accipiet, poena ei in sortem imputata.

Ebenso schon Pomponius nach dem Referat in l. 2 § 3 D. de priv. del. 47, 1:

. . . agi posse quia alterius aestimationis est legis Aquiliae actio, alterius condictio ex causa furtiva.

Der Widerspruch, in dem nun die hier angeführten Fragmente so wie die l. 7 § 1 cit. zu anderen, die schlechthin von der Absorption der einen durch die andere Klage reden, stehen, läßt sich indes mit Savigny (System 5, 227) leicht dahin lösen, daß jene Fragmente den Fall behandeln, in dem kein Unterschied im Werte des tempus rei judicandae und im quanti in diebus XXX proximis plurimi fuit vorliegt, auch kein duplum wie im Fall der infitiatio zu fordern ist, so daß hier von einer Nachforderung nicht die Rede sein kann. Diese Vereinigung ist um so mehr am Platze, als die äußerlich diese Verschiedenheit aufweisenden Stellen zum Teil von denselben Autoren stammen, Ulpian sogar in der l. 7 § 1 cit. beide Eventualitäten behandelt

(vgl. auch Thibaut, Zivilist. Abhandl. S. 185f.; Brackenhoeft, Identität S. 317f.). Zwei Fragmente jedoch scheinen die Nachforderung des amplius aus der actio legis Aquiliae ganz in Frage zu stellen:

l. 34 § 2 D. 44, 7 (Paulus):

Et hoc in legis Aquiliae actione dicitur, si tibi commodavero vestimenta et tu ea ruperis, utraeque enim actiones reipersecutionem continent. Et quidem post legis Aquiliae actionem utique commodati finietur. Post commodati an remaneat Aquiliae in eo quod in repetitione XXX dierum amplius est dubitatur; sed verius est remanere, quia simplo accedit, et simplo subducto locum non habet.

l. 41 § 1 D. eod. (Paulus):

Si ex eodem facto duae competant actiones, postea judicis potius partes esse, ut quo plus sit in reliqua actione, id actor ferat, si tantundem aut minus, id consequatur.

Was zunächst die l. 34 § 2 cit. anlangt, so haben schon immer Emendationsversuche stattgehabt, die sich sogar schon in Handschriften vorgefunden haben sollen. Donellus und Averanius, ihnen sich anschließend Eisele (a. a. O. S. 348) lesen: non remanere, was dann bedeutet: auf das amplius könne nicht besonders geklagt werden, da simplum und amplius ein unteilbares Ganze bilden, also könne das amplius nicht unter Abzug des simplum gefordert werden. Allein, wie Thibaut hiergegen einwendet (S. 193), „stände dann Paulus mit sich selbst (l. 34 pr. D. 44, 7) und aller Rechtsanalogie in Widerstreit. Denn wenn jemand ohne seine Schuld bei Anstellung einer Klage die Akzessionen nicht erhält, so kann er sie besonders nachfordern". Aus diesem Grunde, weil das amplius accessorium ist, will Brackenhoeft (S. 321) trotz „remanere" es umgekehrt nicht gesondert fordern lassen. Indessen ist, wie Thibaut selbst zugibt, „der pönale Teil der actio legis Aquiliae etwas durchaus Selbständiges und keine accessio", so daß er sicher nachzufordern ist. Eine andere Lesart kommt durch Weglassung des non vor „habet" zu dem gewünschten Erfolg, so Cujacius VIII, 717. Indes erscheinen diese Emendationen deshalb ungeeignet, weil die Basiliken den Text der l. 34 § 2 cit. ent-

sprechend wiedergeben. Vielmehr dünkt uns die von Glück Bd. 4 S. 24 Nr. 74 (s. auch die dort Zitierten), Thibaut a. a. O., Mommsen vertretene Anschauung richtig, daß subducere hier nicht mit deducere zu identifizieren ist, sondern bedeute = imputare, in Ansatz bringen. Daß die beiden Ausdrücke keineswegs Synonyma sind, zeigt deutlich l. 8 D. depositi 16, 3 (Papinian):

Plane sumtus causa, qui necessarie factus est, semper procedit, nam deducto eo bonorum calculus subduci solet.

Der hiergegen gemachte Einwand, daß accedit und locum non habet dann kein gemeinsames Relatum hätten, trifft nicht zu, sondern zu beiden ist actio legis Aquiliae Subjekt (so Merillius, Observat. l. 4 c. 38). Hiernach wäre also die Meinung des Paulus die, daß die aquilische Klage mit ihrem amplius zu dem simplum der Vertragsklage hinzutritt und ihre Ästimation hierbei gleich auf den Rest abgestellt wird. Eine bemerkenswerte Emendation für diese Ansicht finden wir noch handschriftlich angemerkt in Thibauts Abhandlungen: etsi simplo subducto locum non habeat.

Was die zweite Stelle anlangt, so kann man sich hier sicherlich der Argumentation Savignys, Bd. 5 S. 233, anschließen: „Schlösse die Stelle mit den Worten: id actor ferat, so bliebe kein Zweifel über den Inhalt möglich. Aus diesen Worten aber folgt zugleich der Inhalt der Schlußworte mit solcher Notwendigkeit, daß eine Berichtigung des Textes derselben von jeher als unvermeidlich anerkannt und selbst von denjenigen gebilligt worden ist, welche außerdem die größte Abneigung gegen die Emendationen haben; die dem Sinne nach einfachste Veränderung besteht darin, daß anstatt id consequatur gelesen wird: nil consequatur."

Glück Bd. 4 S. 3 Nr. 8 nimmt an, der Richter müsse hier gleich auf das günstigste Resultat erkennen, und dies auch dann, wenn der Kläger nur die eine Klage erhebt, der Richter aber sieht, daß die andere ebenfalls zuständig ist. Deshalb müsse der judex, falls die nicht angestrengte Klage tantundem aut minus als die erhobene einbringe, es bei dieser bewenden lassen, trägt sie dagegen mehr ein, so sei dem Kläger officio judicis dies ohne neue Klageerhebung zuzusprechen (hiermit

würde sich dann die von Savigny vorgeschlagene Negation erübrigen); indes weist Merkel eine solche kombinierte Klageerhebung und Kondemnation ohne zugrunde liegende formula als unrömisch zurück (a. a. O. S. 22). Vielmehr liegt hier der Fall so, daß die zweite actio vor einem neuen judex zur Sprache kommt, deshalb emendiert Mommsen: postea judicantis, Windscheid (§ 326 N. 9): posterioris judicis.

Wir können nunmehr das Gebiet des römischen Rechts verlassen, um den Versuch einer Lösung der hier behandelten Fragen nach heutigem Recht zu machen. Erleichtert uns auch die Gemeinsamkeit der grundlegenden Begriffe dies, so sind dennoch vom Standpunkt des neuen Rechts aus die Fragen nicht in ebenderselben Weise zu beantworten.

Wenden wir uns zunächst dem Fall zu, wo eadem res simul duobus locata vel commodata est. Auch hier fragt es sich, sind die mehreren Entleiher usw. Gesamtschuldner im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs und welche Umstände sind dafür maßgebend?

Das Bürgerliche Gesetzbuch kennt nur zwei Begründungsarten der Gesamtschuld: Gesetz und Vertrag. Die gesetzlich begründeten Gesamtschuldverhältnisse pflegt es seiner redaktionellen Fassung nach bei den einzelnen Obligationen, deren Subjekt eine Schuldnermehrheit ist, zu erwähnen. Unter den Titeln „Leihe, Miete usw." findet sich eine Bestimmung darüber nicht, wie sie z. B. das Schweizer Obligationenrecht in Art. 324 trifft. Hiernach wären die Entleiher kraft Gesetzes correi, eine Norm, die wir auch im römischen Recht ausgesprochen sahen. Wie erwähnt, findet sich eine direkte Entscheidung hierüber im Bürgerlichen Gesetzbuch nicht, aber sie wird nach allgemeiner Ansicht ausgesprochen angesehen im § 431. Soll also nach Bürgerlichem Gesetzbuch die Verpflichtung der Entleiher kraft Gesetzes solidar sein, so muß die zu bewirkende Leistung eine unteilbare im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sein. In erster Linie sind sie nun nach § 604 gehalten, „die geliehene Sache nach dem Ablauf der für die Leihe bestimmten Zeit zurückzugeben". Das Gesetz stellt eine

grundlegende Bestimmung für den Begriff der Teilbarkeit nicht auf. Die Motive 2, 172 f. überlassen sie der Wissenschaft, unter dem Hinweise, daß alle gesetzlichen Definitionen, wie z. B. die des sächs. BGB. § 1037, bislang nicht befriedigten. Im allgemeinen wäre dann also der gemeinrechtlichen Doktrin zu folgen. Wir haben uns hier für die Ansicht entschieden, daß die Restitutionsverpflichtung unteilbar ist, und könnten dies Ergebnis auch dem Reichsrecht zugrunde legen. Nach der herrschenden Ansicht erklärt dieses indes schon ausdrücklich diese Leistung als unteilbar. Es sei dies zu folgern aus § 432 Abs. 1 Satz 2: „Jeder Gläubiger kann verlangen, daß der Schuldner die geschuldete Sache für alle Gläubiger hinterlegt." In Satz 1 heißt es: „haben mehrere eine unteilbare Leistung zu fordern . . ." Die Protokolle 2, 446 nennen Satz 2 eine Erweiterung des in Satz 1 ausgesprochenen Gedankens. Diese Bestimmung, daß die Herausgabe einer Sache eine unteilbare Leistung sei, findet sich jedoch ausdrücklich nur für den Fall, daß eine Mehrheit von Forderungsberechtigten vorhanden ist. Es würde sich also fragen, ob hiernach die Restitutionsverpflichtung gemeinhin als unteilbar anzusehen ist, also auch für den Fall einer Schuldnermehrheit, die nach heutigem Recht sich doch als ein ganz anders geartetes Gemeinschaftsverhältnis darstellt als die entsprechende Gläubigermehrheit, die eine Art Gesamthandsgemeinschaft bildet. Man glaubt, die Frage bejahen zu können (so Planck II S. 211 § 420 Anm. 2; Oertmann II S. 140 Nr. 1 d; Staudinger II, 157; Windscheid-Kipp, Pand. II S. 17). Allein u. E. ist aus § 432 eine generell ausgesprochene Unteilbarkeit der Restitutionsverbindlichkeit nicht zu entnehmen. Es ist schon darauf hingewiesen worden, daß diejenigen, die eine unteilbare Leistung zu fordern haben, nicht Gesamtgläubiger im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs sind. Wie nun, wenn an solche die Herausgabe einer geschuldeten Sache zu bewirken ist? Daß § 432 nicht Anwendung findet, geht aus den Worten „sofern sie nicht Gesamtgläubiger sind" hervor. An solche würde nach § 428 die geschuldete Sache derart herauszugeben sein, daß „jeder die ganze Leistung fordern kann, der Schuldner aber nur einmal die Leistung zu bewirken

verpflichtet ist". Hier spielt also die Unteilbarkeit bezw. Teilbarkeit der Leistung keine Rolle und kommt für die Begründung der Forderung in solidum nicht in Betracht. Sagt also § 432, die Restitutionsverbindlichkeit ist unteilbar, so ist dies u. E. nur eine Folge des hier vorliegenden eigenartigen Verhältnisses der Gläubigermehrheit. Gesetzt, die Sachrestitution wäre teilbar, so ist diese Teilbarkeit natürlich nur eine ideelle und der einzelne Gläubiger nur zum anteilsweisen Mitbesitz befugt; ein derartiger Rechtszustand mußte aber deshalb unerwünscht scheinen, weil ihr Gemeinschaftsverhältnis kein vertraglich begründetes ist, untereinander also eine Beziehung erst durch den Besitzantritt der einzelnen geschaffen wird. Vorher aber besteht kein wechselseitiger Zwang zum Erwerb der einzelnen Besitzquoten. Die Folge hiervon wäre, daß die Weigerung des einen Gläubigers, den Besitz anzutreten, das Recht der anderen illusorisch machen würde. Denn ist die Restitution teilbar, so kann der einzelne nur die betr. Besitzquoten verlangen. Die Quotenteilung aber wird erst dadurch möglich, daß alle zusammen den Besitz erwerben, denn die Gläubiger untereinander, nicht der Schuldner, sind in der Lage, die Abschichtung vorzunehmen. Und auch der Schuldner hat in der Regel ebensowenig wie die anderen Gläubiger ein direktes Mittel, den renitenten Gläubiger zum Besitzantritt zu zwingen. Um also dieser Eventualität gestörter Rechtsverwirklichung vorzubeugen, blieb kein anderer Modus übrig, als den Besitzantritt nur gemeinsam möglich zu machen, um, wie die Protokolle (Bd. 1 S. 446) sagen, „zu verhüten, daß infolge der Renitenz des einen Gläubigers die Sache auf Gefahr der mehreren Gläubiger in den Händen des Schuldners verbleibe" (vgl. auch die treffenden Ausführungen bei Hruza, Korrealobligation und Verwandtes S. 67). Weigert sich jetzt einer der Gläubiger, gemeinsam mit den anderen den Besitzerwerb zu vollziehen, so hinterlegt der Schuldner für alle. Mit der Hinterlegung aber ist das Forderungsrecht der einzelnen als verwirklicht anzusehen, die Hinterlegungsstelle besitzt jetzt also für die einzelnen pro cujusque parte: es liegt eine Gemeinschaft pro partibus indivisis im Sinne des § 741 vor, denn durch den Besitzerwerb, der

durch die vertretende Hinterlegungsstelle für sie geschah, sind Rechtsbeziehungen zwischen ihnen entstanden, und eine Weigerung des einzelnen, zur Abhebung der deponierten Sache mitzuwirken, würde die anderen zur Auseinandersetzung nach § 749 berechtigen.

Voraussetzung unserer Behauptung war, daß an sich die Besitzeinräumung als teilbare Leistung anzusprechen ist, was nach der von BGB. in § 866 festgesetzten Teilbarkeit des Besitzes wohl kaum zu bestreiten ist. Der spezielle Fall der Herausgabe einer geschuldeten Sache wird demnach von Planck a. a. O. als Ausnahme von der allgemeinen Regel hingestellt. Bedenkt man aber, daß jede Besitzverschaffung in der Regel eine Restitution sein wird, so könnte man eher den § 866 als Ausnahme bezeichnen. Und doch ist, wie Schollmeyer (bei Hölder II, 418) mit Recht betont, weder in den Motiven noch im Gesetz selbst die Herausgabe der geschuldeten Sache irgendwo als unteilbare Leistung erwähnt. Eine derartige generelle Ausnahme von der im BGB. vertretenen Besitzlehre müßte doch deutlicher als in den Worten des von der zweiten Kommission erst hinzugefügten Satzes 2 des § 432 Abs. 1 statuiert sein, selbst wenn das BGB. die Lehre von der Teilbarkeit der Leistung nicht ex professo behandelt. Kommen wir demnach zu der Ansicht, daß im § 432 die Unteilbarkeit lediglich um deswillen angeordnet ist, weil die dort vorhandene Gläubigermehrheit vor dem Besitzerwerb jedes einzelnen nicht in rechtlichen wechselseitigen Beziehungen steht und deshalb nur ein gemeinsamer Besitzerwerb eine Gewähr für die Befriedigung des einzelnen bietet, so müssen wir die Unteilbarkeit in allen den Fällen ablehnen, in denen sie nicht durch diese Umstände bedingt ist. Dahin gehört vor allem der § 431. Schollmeyer a. a. O. will hier die Verpflichtung ebenfalls als unteilbar behandeln, obwohl die Fiktion des § 432 (als etwas anderes können wir nach unseren obigen Ausführungen die Festsetzung der Unteilbarkeit nicht ansehen) dort fehlt. Schollmeyer erklärt dies aus der Entstehungsgeschichte, da im Entwurf I der heutige § 431 als § 339 dem heutigen § 431 (§ 340) voranging. Aber wie Dernburg II, 1 S. 145 mit Recht hervorhebt, sind bei der

Gesamtschuld die rechtlichen und tatsächlichen Unterschiede zwischen Gläubiger- und Schuldnerseite sehr erhebliche. U. E. fallen hier die Voraussetzungen des § 432 fort, und damit die Notwendigkeit, die Sachrestitution als unteilbar zu behandeln. Denn sind mehrere Schuldner, die nicht schon aus anderen Gründen Gesamtschuldner sind (für das BGB. dürfte der häufigste Fall sein: Erben nach der Teilung und aus der condictio sine causa verpflichtete) zur Restitution verpflichtet, so ist durch die Teilbarkeit der Leistung auf keiner Seite eine Beeinträchtigung oder Rechtserschwerung bedingt. Denn Ziel der Leistung ist hier die Einräumung des Alleinbesitzes an einen einzelnen, dort war es die des Mitbesitzes an mehrere. Dem einen Schuldner sowie den nicht zusammenwirkenden Gläubigern ist es unmöglich, die Einheit des Besitzes zu teilen, wohl aber dem einen Gläubiger, die von den Schuldnern geleisteten Teile zu vereinen. Und weigert sich hier der einzelne, so hat der Gläubiger Mittel und Wege, ihn zum Aufgeben seiner Besitzquote zu zwingen, und er kann sukzessiv in die Besitzanteile der einzelnen einrücken, ohne daß die Schuldner dadurch benachteiligt würden. Somit kommen wir dazu, die Unteilbarkeit der Sachrestitution für § 431 abzulehnen, und damit zu dem Ergebnis, daß die Verbindlichkeit mehrerer Entleiher zur Rückgewähr der entliehenen Sache keine gesetzliche mit Rechtsnotwendigkeit eintretende solidare ist, wie nach römischem Recht. Diesen abweichenden Standpunkt glauben wir durch den Unterschied beider Rechte hinsichtlich des Besitzbegriffs gerechtfertigt, denn wenn die Römer eine Teilbarkeit der obligatio detentionis perhorreszierten, so gingen sie dabei von dem richtigen Gedanken aus, daß wohl Sachen und Rechte, nie aber ein körperlicher Zustand Gegenstand der Teilung sein könnte. Aus diesem Grunde ist auch nach BGB. Unteilbarkeit der Herausgabeverpflichtung dann anzunehmen, wenn sie sich gegen den lediglich Innehabenden z. B. den Besitzdiener richtet.

Dennoch braucht die Solidarität mehrerer Entleiher nicht schlechthin verneint zu werden. Diesem wirtschaftlich notwendigen Zweck wird das BGB. in anderer Weise gerecht, nämlich durch die Auslegungsregel des § 427: „Verpflichten

sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.“ Diese Vorschrift ist dem gemeinen Recht fremd, und auch der erste Entwurf § 319 im Anschluß an den code civil art. 1202, 1220 lehnt in diesem Fall die solidare Haftung ab. Indes der zweite Entwurf und Gesetz selbst, von der wirtschaftlichen Notwendigkeit dieser Bestimmung durchdrungen, folgen der schon im ALR. I, 5 §§ 424, 425 und HGB. Art. 280 vertreten gewesenen gegenteiligen Ansicht. Die Protokolle I, 431 führen dazu aus, „daß die vorgeschlagene Bestimmung sich rechtfertige, wenn man in ihr nicht sowohl eine Auslegungsregel, als vielmehr eine den fehlenden Parteiwillen ergänzende Vorschrift erblicke“. Und mit Recht, denn dadurch, daß die Schuldnermehrheit geschlossen dem Gläubiger gegenübertritt, dokumentiert sich die wirtschaftliche Einheit des Rechtsgeschäfts. Wie der Nutzen der Schuldner ein gemeinsamer ist, so müssen auch die Lasten gemeinsam von ihnen getragen werden, ungeachtet der physischen Teilbarkeit derselben. Die praktischen Folgen sind hier natürlich dieselben, als wenn man die gesamtschuldnerische Haftung mehrerer Entleiher als direkt gesetzlich begründet ansieht. Nur dürfte die ausschließliche Betonung des Willensmomentes den Vorteil haben, daß dann unbedingt die Solidarität sich auf die sogenannten Eventualschulden miterstreckt, was nach § 431 nur insoweit gilt, als die unteilbare Leistung sich in eine teilbare nachträglich verwandelt (vgl. Fischer-Henle Anm. 2 zu § 431). Sieht man indes in der Gemeinschaftlichkeit des Vertragsschlusses die Grundlage einer gewollten Solidarität, „so erstreckt sich diese auf alle Haupt- und Nebenforderungen, die sich aus dem übernommenen Schuldverhältnis ergeben“ (Oertmann a. a. O. S. 147 Anm. 3 zu § 427), also auf Zinsen, Verwendungen usw. nicht weniger als auf die Interesseleistung. Wir gewinnen also, wenn auch auf anderem Wege dasselbe Ergebnis wie im römischen Recht. Nur diejenigen Tatsachen, die nach BGB. nicht objektiv auf die Schuldnermehrheit wirken, bedingen einen Unterschied gegenüber der Verbindlichkeit mehrerer Kommodatare, die wir als Korrealobligation (i. e. S.) erkannten. Dies gilt insbesondere für die Kulpahaftung. In

§ 425 bestimmt das BGB., daß Verschulden und subjektive Unmöglichkeiten Tatsachen sind, die nur für und gegen den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten, aber unter der Voraussetzung, daß sich aus dem Schuldverhältnis nichts anderes ergibt. Indes ist hiermit nicht der prinzipiell verworfenen Unterscheidung zwischen Korreal- und Solidarobligation eine Hintertür geöffnet, sondern es ist dem richterlichen Ermessen überlassen, in denjenigen Fällen objektive Wirkung der betr. Tatsachen für und gegen alle Gesamtschuldner anzunehmen, in denen die besonderen Umstände, insbesondere das Rechtsgeschäft, auf dem die Gesamtschuld beruht, dies erfordern. Es wird dies hinsichtlich der gegenseitigen Kulpahaftung dann der Fall sein, „wenn ein Gesamtschuldner zugleich im Auftrage der anderen handelt, z. B. wenn die gemeinschaftlich entliehene Sache einer der Gesamtschuldner mit Zustimmung der übrigen verwahrt. In diesem Falle wird er von den anderen als Hilfsperson zur Erfüllung ihrer Verpflichtung verwandt und sie haften aus diesem Grunde für sein Verschulden nach § 278“ (Windscheid-Kipp II S. 205). Noch mehr verallgemeinern dies Dernburg II, 1 S. 425 und Endemann I S. 899 Anm. 25, wenn sie annehmen, daß bei gemeinschaftlicher Miete derselben Sache „nach der Natur des Schuldverhältnisses und den Verkehrsanschauungen jeder Mieter Verschulden des anderen zu vertreten hat“ (Dernburg). Aus der Natur des Schuldverhältnisses dürfte dies sicher nicht herzuleiten sein, denn eine besonders geartete Natur eines solchen Mietsverhältnisses konstruieren, hieße nichts anderes, als die Korrealobligation wieder zur Grundlage der gegenseitigen Haftung machen, während dies lediglich eine Konsequenz des mit der Begründung des Gesamtschuldverhältnisses angestrebten Ziels ist, „die das Wesen derselben in keiner Hinsicht berührt, und es ist hiernach unzweifelhaft, daß die Änderung, welche die zweite Kommission an der Gesamtobligation vornahm, mit der Ribbentropschen oder einer ähnlichen Unterscheidung nicht das mindeste zu tun hat“ (Binder a. a. O. S. 573). In diesen und ähnlichen Fällen, besonders auch bei ausdrücklich vereinbarter gegenseitiger Haftung, würde also das Verschulden des einen Entleihers usw. gegen

alle wirken, im Regelfalle indes nur jeder für sein eigenes Verschulden in solidum verhaftet sein, durch das die anderen aber befreit werden. Wir haben indes bereits oben erwähnt, daß die besonderen Umstände des gemeinschaftlichen Gebrauchs der res commodata die Grenze des kulposen Handelns für den einzelnen sehr weit ziehen, daß er insbesondere auch während zeitweiligen Nichtgebrauchs zur Obbut verpflichtet ist, ja sogar ein Überlassen der Sache an einen seiner Genossen zum Alleingebrauch sich in concreto als dolus oder culpa darstellen kann.

Auch die Rechtskraft muß nach den Grundsätzen der ZPO. den nur subjektiv wirkenden Tatsachen zugerechnet werden, denn res judicata veritatem facit inter partes, ja es wird sogar behauptet, daß eine Wirkung der res judicata gegen die übrigen Gesamtschuldner undenkbar ist (so Binder a. a. O. 576).

Das wichtigste Merkmal der Ribbentropschen Unterscheidung, die res in judicium deducta, erwähnt das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, und man könnte hieraus leicht schließen; hat die Rechtskraft keine Gesamtwirkung, so ist sie auch der Rechtshängigkeit abzusprechen (so Seuffert in Bekkers und Fischers Beiträgen XI S. 52). So nahe dieser Schluß auch liegt, so zeigt er bei dem großen inneren und historischen Unterschied beider Einreden auch seine Bedenklichkeit. Denn die dilatorische exceptio litis pendentis zielt lediglich auf momentane Befreiung vom Prozeß, mit der peremtorischen Rechtskrafteinrede verfolgt man dagegen die Beseitigung des materiellen Anspruchs. Die Gründe, ob man der Rechtshängigkeit Gesamtwirkung beilegen soll oder nicht, sind daher einmal im Rechtszweck des Gesamtschuldverhältnisses, dann aber vor allem in den Bestimmungen der Zivilprozeßordnung zu suchen. Die mehrfache Gebundenheit mehrerer Schuldner trotz Einmaligkeit der Leistung ist hauptsächlich der Sicherung des Gläubigers halber da. Eine Gesamtwirkung der exceptio litis pendentis würde dem zwar nicht direkt widersprechen, wohl aber der Tendenz, daß in der sicheren und schnellen Rechtsverfolgung seitens des Gläubigers der Zweck der Gesamtschuld besteht. Dieser Zweck würde aber nahezu vereitelt werden, wenn durch

die Einrede der Rechtshängigkeit der Zugriff gegen einen zweiten Schuldner auf nicht absehbare Zeit hinausgeschoben wird. Aber auch der Wortlaut der Zivilprozeßordnung dürfte einer Gesamtwirkung der Rechtshängigkeit entgegenstehen, denn die Wirkung dieser ist: „wenn während der Dauer der Rechtshängigkeit von einer Partei die Streitsache anderweit anhängig gemacht wird, so kann der Gegner die Einrede der Rechtshängigkeit erheben" (§ 263). Es wird hier allgemein gefordert, daß im zweiten Prozeß genau dieselben Parteien wie im ersten sich gegenüberstehen, unter Berufung darauf, daß der Begriff „Streitsache" dies erfordert (so Endemann I, 466; Struckmann-Koch I. 325; Petersen-Anger I, 535). Nicht etwa ist das ausschlaggebende Moment in den Worten zu sehen: „von einer Partei . . . anhängig gemacht" (so Binder S. 580 Nr. 38), denn dann würde die Forderung strenger Personenidentität nur für die klagende Partei begründet sein; die „Streitsache" bedeutet doch aber, daß derselbe konkrete Anspruch schon vorher anhängig gemacht war, und da das Titium dare oportere nicht identisch mit dem Sempronium dare oportere ist, so muß die Einrede der Rechtshängigkeit dem zweiten Gesamtschuldner versagt werden (vgl. auch Stammler S. 248).

Wir können uns nunmehr der aktiven Seite der Gesamtrechtsstellung mehrerer Entleiher zuwenden. Soweit ihr Verhältnis zum Entleiher in Frage kommt, entspricht ihrer vertraglich entstandenen Gesamtverpflichtung eine solidare Gesamtberechtigung, die aber sekundärer Natur ist und sich im wesentlichen im Anspruch auf Impensenersatz erschöpft.

Mehr dürfte ihre Stellung Dritten gegenüber interessieren, insbesondere einem Entwender der entliehenen Sache gegenüber. Die Rechtsmittel, die das Bürgerliche Gesetzbuch in diesem Falle den Entleihern gewährt, sind grundsätzlich dem des römischen Rechts verschieden. Und zwar ist diese Verschiedenheit bedingt durch zwei Momente: einerseits durch die gänzliche Verwerfung jeder Pönalklage, andererseits durch die Besitzerstellung, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem Entleiher anweist. Aus letzterer ergibt sich, daß ihm der wirksame Behelf der possessorischen Klagen zu Gebote steht, die ihm das römische

Recht versagt. Inwieweit ist nun die Gemeinsamkeit des Besitzes von Einfluß auf das Recht zum Besitzschutz? Das Bürgerliche Gesetzbuch gibt hierauf keine direkte Entscheidung, wie im Fall der Entziehung des Eigentums § 1011, und so ist eine Beantwortung der Frage durch den grundsätzlichen Standpunkt des Bürgerlichen Gesetzbuches bedingt. Das Gesetz sagt im § 861, daß der durch verbotene Eigenmacht verletzte Besitzer Wiedereinräumung des Besitzes verlangen kann. Diese Aktivlegitimation soll nun mehreren Besitzern derart gewährt werden, daß ein jeder hierzu berechtigt sein soll, es wird also eine Art gesetzlicher Gesamtgläubigerschaft konstruiert (so Fischer-Henle Anm. 2 zu § 866; Kniep a. a. O. S. 421; Staudinger III S. 31). Letzterer führt aus: „Das sozusagen äußere Verhältnis ist, daß es an ein und derselben Sache nur einen Besitz geben kann (kein Besitz pro parte indiviso)" und deshalb gewährt er den Mitbesitzern einen Besitzschutz in solidum. Die Prämisse scheint uns in gewissem Sinne richtig, aber die Folgerung nicht. Es ist richtig, daß der äußere Besitzzustand, sowie er sich der Außenwelt gegenüber manifestiert, einer Teilung logisch nicht fähig ist, erst die gegenseitige Willensbeschränkung der Mitbesitzer, die gemeinschaftliche Unterordnung unter den Gesamtzweck des Besitzes schafft eine Teilung in ihrem Verhältnis zu der Sache. Aber aus dieser Unteilbarkeit des körperlichen Zustandes ist keineswegs eine Unteilbarkeit des possessorischen Anspruchs zu folgern, denn dies wäre nur dann der Fall, wenn eine Verletzung dieses Zustandes Grund des possessorischen Anspruches wäre. Objekt der Beeinträchtigung kann aber u. E. nie eine bloße Tatsache sein, sondern nur die Beziehungen, in denen die Tatsache zur Willenssphäre eines rechtsfähigen Subjekts steht. Eine Besitzesverletzung erscheint demnach nicht als eine Tatsachenveränderung in der Außenwelt, die im Interesse der Stabilität von der Rechtsordnung zu verhindern ist, sondern als Eingriff in das Dispositionsrecht des Besitzers, der Sache ihre konkrete Stellung im Rechtsleben anzuweisen; denn nur so läßt sich seine private Aktivlegitimation erklären, ohne in ihm einen Vertreter der Rechtsordnung zu erblicken. Ist aber die freie

Einwirkungsmöglichkeit auf die Sache erschwert oder vernichtet, so muß die Grenze derselben auch die Grenze für ihren rechtlichen Schutz bilden, m. a. W. der Besitzschutz ist ebenso geteilt wie der Besitz selbst, so daß die Einräumung des Alleinbesitzes vom Dejizienten nicht verlangt werden kann (vgl. Wolff in Jherings Jahrbuch Bd. 44 S. 183: der Kläger, der den Alleinbesitz begehrt, strebt eine günstigere Stellung an, als er vor der Besitzentziehung hatte; er sucht die Schranke zu beseitigen, die seinem freien Einwirkungsbelieben durch den Mitbesitz seines Genossen gezogen war (vgl. auch Biermann S. 20). Allerdings stehen der uneingeschränkten Geltendmachung eines geteilten possessorischen Anspruchs Bedenken theoretischer wie praktischer Natur entgegen. Ist das Kriterium des Mitbesitzes in der gegenseitigen Beschränkung der einzelnen zu sehen, so kann diese Handlung höchst individueller Natur nicht vom Dejizienten vorgenommen werden, sondern sie ist lediglich Sache der dejizierten Mitbesitzer, setzt aber Aufgabe des Besitzes seitens des Dejizienten voraus; ein einzelner, der auf Einräumung des Mitbesitzes klagen würde, verlangte damit etwas logisch Unmögliches. Andererseits würde eine Klage auf Mitbesitz mit dem Dejizienten zusammen (so anscheinend Wolff alternierend mit der unten angegebenen Entscheidung) dem Kläger etwas vollständig anderes verschaffen, als ihm entzogen ist, selbst wenn die ihm vom Dejizienten eingeräumte Besitzquote genau der entspräche, die er vorher innegehabt hatte, denn er erstrebt mit der Klage nicht die Wiederherstellung des früheren wirtschaftlichen Zustandes, sondern die Rückgängigmachung einer eingetretenen Rechtsveränderung. Es bleibt also nichts anderes übrig, will man nicht durch eine Klage auf Alleinbesitz eine offenbare Unbilligkeit statuieren, als den possessorischen Anspruch als unteilbar im Sinne des § 432 zu behandeln, wie es ja § 1011 für die rei vindicatio vorschreibt (vgl. Cosack II, 424). Es wird so einerseits die angedeutete Unbilligkeit vermieden, andererseits der praktischen Unmöglichkeit einer partiellen Besitzklage aus dem Wege gegangen. Daß die Herausgabe der Sache vom Dejizienten auch „geschuldet“ wird, findet darin seine Begründung, daß durch die Verletzung des dinglichen

Anspruchs ein persönliches Recht der Mitbesitzer entsteht. Für den Fall des § 862 glauben wir die Möglichkeit eines pro parte zu gewährenden Besitzschutzes indes aufrechterhalten zu können, denn hier ist ein gemeinschaftliches Zusammenwirken der Gestörten nicht nötig, ja sogar das subjektive Empfinden äußerer Einwirkungen als Störung kann leicht verschieden sein. Hier steht nichts im Wege, daß der einzelne Mitbesitzer auf Beseitigung der Störung eventl. Unterlassung klagt, soweit er sich in seinem Besitzanteil dadurch getroffen fühlt. Daß oft die Störung des einzelnen von der aller Mitbesitzer nicht zu trennen ist, beweist hiergegen nichts, sondern ist nur Konsequenz nicht scharf abgegrenzter Besitzquoten.

Einfacher gestaltet sich die Frage nach dem Besitzschutz, wenn nur ein Entleiher die Sache inne hat, und zwar unter obligatorischer Verpflichtung gegen die anderen, z. B. als Mandatar, Geschäftsführer, Depositar usw. In einem solchen Fall kann er natürlich auf Einräumung des Alleinbesitzes gegen den Dejizienten klagen, aber auch die anderen Entleiher haben die Klage auf Herstellung des früheren Zustandes (§ 869 Satz 1). Kann oder will er den Besitz nicht wieder antreten, so kann auf direkte Besitzrestitution geklagt werden. Letztere Bestimmung will Wolff a. a. O. S. 183 auch dann angewendet sehen, wenn nach Dejektion mehrerer Mitbesitzer der eine nicht wieder antreten kann oder will. U. E. ist hier gerade die Vorschrift der Hinterlegung, die § 432 trifft, für einen solchen Fall die gegebene; der eine Entleiher klagt dann auf Hinterlegung für beide. Die dadurch bewirkte Befriedigung beider kann dann die Grundlage eines Auseinandersetzungsverfahrens bilden, soweit dies mit dem Zweck der Leihe verträglich erscheint. Die Solidarität der Haftung darf natürlich durch dieses nur die Besitzfrage regelnde Verfahren nicht berührt werden. Die analoge Anwendung des § 869 erscheint uns deshalb nicht angängig, weil mittelbarer und unmittelbarer Besitzer in einem näheren bezw. entfernteren Verhältnis zur Sache stehen, der Wegfall des einen nur Sukzession des anderen herbeiführt und diesem lediglich ein plus tempore verschafft, während das gleich nahe Verhältnis der Mitbesitzer diese Folgen ausschließt, sondern

die von Wolff geforderte Rechtswirkung würde eine Art Akkreszenz bedeuten mit dem Ergebnis eines plus re für den einzelnen. Bei dieser durchgreifenden Verschiedenheit möchte bei Schweigen des Gesetzes die Wolffsche Ansicht zu weitgehend sein. Vielmehr ist die in § 869 bestimmte Maßregel nicht so sehr Änderung des dinglichen Zustandes, als durch die Umstände notwendig gewordene Aufhebung des zwischen mittelbarem und unmittelbarem Besitzer bestehenden Vertragsverhältnisses, Antizipation einer vom unmittelbaren Besitzer vorzunehmenden Leistung, wodurch die Verpflichtung zu dieser erlischt. Auch das durch die fehlende Mitwirkung eines Mitbesitzers gestörte Gemeinschaftsverhältnis bedarf der Auflösung, aber da es auf rein dinglicher Grundlage ruht, muß dieser auch in anderer Weise erfolgen.

Eine weitere Verschiedenheit vom römischen Recht, die bedingt ist durch die Besitzerstellung des Entleihers, ist die Möglichkeit, auch mit petitorischer Klage den verlorenen Besitz wiederzuerhalten, wenn auch die Möglichkeit einer zweiten Klage nicht mehr so bedeutungsvoll ist wie zur Zeit des römischen Formalprozesses. Man stützt die Besitzeskondiktion allgemein auf § 812, so Fischer-Henle Anm. 5 zu § 812; Kniep a. a. O. S. 418. Auch hier ist nach Maßgabe des § 432 zu verfahren.

Ziel der possessorischen wie petitorischen Klage ist die Herausgabe der entwendeten Sache, die Zwangsvollstreckung geht auf die Sache selbst (ZPO. §§ 846 f.), so daß ein pekuniärer Erfolg ausgeschlossen ist. Kann nun anderweit ein solcher mit der Begründung entzogenen Besitzes erstrebt werden? Da zwischen Dejizienten und Besitzer vertragliche Beziehungen nicht bestehen, so kann für die Schadensersatzklage nur § 823, 1 in Betracht kommen. Hat der Besitzverlust für den Besitzer auch einen Eigentumsverlust zur Folge (z. B. der Fall des § 307 Z. 3 StGB.: die Entwendung der entliehenen Löschgeräte macht eine erfolgreiche Bekämpfung des Feuers unmöglich), so ist die Anwendbarkeit des § 823, 1 nicht zu bezweifeln. Ist aber lediglich ein Vermögensschade die Folge (z. B. man ist zu einer Neuanschaffung genötigt) oder im Nichthaben der Sache eine

Verringerung des Vermögensstandes zu sehen, so wird von einer Anzahl Autoren ein Recht auf Schadensersatz aus § 823, 1 verneint, so Planck II S. 608; Staudinger II S. 710. Allerdings ist die Frage von geringer praktischer Bedeutung, aber doch so bedeutungslos, wie Planck diesen Streit hinstellt (denn die Verletzung eines Schutzgesetzes begründe einen Schadensersatzanspruch aus § 823, 2), ist er nicht, man denke an den Diebstahl unter Ehegatten und von Aszendenten gegen Deszendenten, wo ein öffentlichrechtlicher Schutz nicht eingreift. Indes dürfte u. E. auch der Absatz 1 Grundlage einer Schadensersatzklage sein, da hier der Besitz den schutzwerten Rechtsgütern im Sinne dieses Gesetzes zuzuzählen ist. Planck lehnt dies ab unter Hinweis darauf, daß der Besitz kein Recht ist und deshalb nicht unter den Worten „oder ein sonstiges Recht" zu verstehen sei. Es ist hier nicht unsere Aufgabe, in die Kontroverse über die Rechtsnatur des Besitzes einzugreifen, aber wie man auch zu der Frage Stellung nehmen mag, die Entscheidung, ob er durch § 823, 1 geschützt ist, muß in unserem Sinne ausfallen. Verneint man auch den Rechtscharakter, so wird man nicht umhin können, den Besitz wenigstens als rechtlich relevante Tatsache, als „Rechtsposition" aufzufassen. Da nun nicht bloß absolute Rechte, sondern auch eine Reihe von Rechtsgütern (die angeführten bilden sicher keinen numerus clausus, sondern sind lediglich verba enuntiativa) unter den Schutz des § 823, 1 gestellt wird, so kann man keinen Anstand nehmen, die widerrechtliche Verletzung der in der Tatsache des Habens konsolidierten Vermögenswerte für schutzwert zu erklären (so auch Oertmann S. 557; Endemann I, 1262; Enneccerus-Lehmann § 359 I; v. Liszt, Deliktsobligation S. 21). Dies sprechen auch klar die Motive S. 110 aus: „Das Gewaltverbot begründet für den Inhaber eine absolut geschützte Rechtsstellung ..... man kann auch das absolute Persönlichkeitsrecht der Freiheit darin verletzt sehen." Die in der zweiten Kommission abgelehnte ausdrückliche Erwähnung des Besitzes (worauf Planck sich besonders beruft) geschah aber nur deshalb nicht, weil dadurch in eine der Wissenschaft zu überlassende Frage doktrinär eingegriffen werden würde (vgl.

Protokolle S. 2723). In dem Falle der Schadensersatzklage würde natürlich einer dem Mitbesitz entsprechenden partiellen Berechtigung der einzelnen auf Schadensersatz nichts im Wege stehen.

Alle diese Klagen ersetzen die pönale actio furti, den einzigen Behelf des Kommodatars im römischen Recht. Da sie aber alle nur reipersekutorischer Natur sind, so ist nach heutigem Recht ein lucrum ausgeschlossen, wie es das römische Recht den Kommodataren im duplum bezw. quadruplum der actio furti gewährt. Ob überhaupt der Entleiher einen occasione rei commodatae gemachten Gewinn herauszugeben hat, ist Frage des konkreten Falls, sie wird insbesondere dann zu verneinen sein, wenn die Sache überhaupt nur zum Zwecke der Gewinnerzielung entliehen ist.

Wir können nun, bevor wir unsere Abhandlung schließen, noch die Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsklage einer kurzen Betrachtung unterwerfen. Daß die Konkurrenz überhaupt möglich ist, sollte kaum bestreitbar sein, überläßt doch in richtiger Erkenntnis von der Schwierigkeit einer erschöpfenden legislatorischen Behandlung dieser Materie durchdrungen, das Reichsrecht sie der Wissenschaft, die indes keinen Anlaß hat, durch eingreifende Änderungen die geschichtlich gegebene Entwicklung in neue Bahnen zu lenken. Das Fehlen kodifikatorischer Regelung hat indes eine Anzahl von Autoren veranlaßt, einen dem gemeinen Recht gegenüber abweichenden Standpunkt einzunehmen. Es sind dies besonders Cosack Bd. 1 S. 598 und Endemann Bd. 1 S. 1256. Endemann äußert sich für den Fall der Leihe dahin, daß der Entleiher nur für Verletzung seiner Vertragspflicht, nicht aber wegen Sachbeschädigung aus unerlaubter Handlung hafte, sieht sich aber zu der Konzession eines besonderen deliktischen Tatbestandes gezwungen, wenn die Handlung begangen wurde „bei Ausführung einer Vertragshandlung oder unter Ausnutzung der ihm durch die Vertragsstellung gebotenen Gelegenheit", z. B. man zerbricht absichtlich die entliehenen Gläser. Demnach würde das Zutodehetzen des entliehenen Pferdes unter den § 823, 1 fallen, hingegen nicht das Verhungernlassen des Tieres, denn das

Nichtfüttern ist „eine als Verletzung der Vertragspflicht (§ 601) zu beurteilende Handlung"! Warum im ersten Fall ein selbständiger Deliktstatbestand anzunehmen sein soll, im zweiten nicht, ist uns unerfindlich. Die Verpflichtung, nicht rechtswidrig in fremde Interessensphären einzugreifen, kann doch nur in gleicher und unveränderter Weise auf den Handelnden einwirken, gleichgültig ob er die Handlung vornimmt unter „Ausnutzung der ihm durch die Vertragsstellung gebotenen Gelegenheit", oder ob die Handlung ohne weiteres das Eigentum des Gläubigers schädigt, z. B. das Nichtliefern des gekauften Futters hat den Tod von Vieh zur Folge.

Mit anderen Gründen versucht Cosack a. a. O. seine Ansicht zu verteidigen, wenn er ausführt: „Die obligatorischen Verpflichtungen charakterisieren die Haftung des Schuldners in eigentümlicher Weise und begrenzen sie zugleich, und man tritt dem Schuldner zu nahe, wenn man behauptet, seine Handlung wäre ein Delikt, wenn er Nichtschuldner wäre, also sei sie auch deliktisch, nun da er Schuldner sei." U. E. ist die Ansicht Cosacks und in gewissem Sinne auch die Endemanns nichts anderes als eine konsequente Durchführung der oben gekennzeichneten Eiseleschen Auffassung. Dieser will trotz Identität der causa verschiedene Klagen gewähren, dieselben aber dem Satz: ne bis de eadem re sit actio unterstellt wissen. Cosack dagegen folgert weit richtiger: eadem causa kann auch nur eadem actiones erzeugen, und da diese Art der Konkurrenz hier nicht in Frage kommt, so lehnt er die verschiedenartigen Klagen ab und beschränkt sich natürlich auf die Kontraktsklage als die speziellere. Die Einwände, die wir also oben gegen die Eiselesche Auffassung von der Identität der klagbegründenden Tatsachen bei Konkurrenz von Delikts- und Kontraktsklage zu richten hatten, müssen wir in verstärktem Maße gegen Cosack zu Felde führen: nämlich, daß die äußere Einheit der Handlung wohl nur eine wirtschaftliche Schlechterstellung des Geschädigten zur Folge habe, diese aber nicht primär Grundlage der Rechtsverfolgung bilde, sondern der Eingriff in zwei rechtlich gesonderte Tatbestände. Diese Duplizität der Rechtsverletzung erzeugt demgemäß Ansprüche

gänzlich verschiedener Tendenz und juristischer Konstruktion, aber mit Einheit des wirtschaftlichen Zwecks. Aber auch mit Cosacks eigenen Waffen dürfte seine Ansicht zu bekämpfen sein, sieht er sich doch zu weitgreifenden Ausnahmen von der Regel genötigt, die für uns nichts anderes sind als Anwendungsfälle eines allgemein gültigen Prinzips. Er will nämlich die Deliktsklage mit der Kontraktsklage für die Fälle der §§ 823, 2. 826 konkurrieren lassen. In ersterem Fall ist hier eine Schadensersatzpflicht ausgesprochen bei verschuldetem Verstoß gegen ein Schutzgesetz. Cosack, der hier „Schutzgesetz" im Sinne des täglichen Lebens interpretiert, und nicht wie die herrschende Meinung als polizeilich-präventive Norm, will deshalb nur Delikte im kriminellen Sinne als Grundlage einer konkurrenten Klage annehmen. Die Gründe aber, die das Strafrecht bestimmen, eine bestimmte Handlung zu ahnden, sind ganz andere als die, aus denen das Privatrecht den Erfolg rechtswidriger Handlungen rückgängig macht. Die Cosacksche Auffassung bedeutet also ein „durch nichts gerechtfertigtes Hineintragen öffentlich rechtlicher Gesichtspunkte in rein privatrechtliche Fragen" (Crome, DJZ. 1904 Nr. 1 Sp. 16 f.).

Auch die Motive können für unsere Ansicht herangezogen werden: „Dieses allgemeine Verbot greift aber darüber hinaus und besteht ohne Unterschied, ob in Ansehung desjenigen Gegenstandes, an welchem ein anderer verletzt wird, zwischen diesem und dem Beschädigten ein Vertragsverhältnis begründet ist oder nicht."

Auch durch zwei Vorschriften des BGB. in den §§ 682, 687, 2 wird die Möglichkeit von konkurrierender Delikts- und Kontraktsklage gezeigt.

§ 682: „Ist der Geschäftsführer geschäftsunfähig oder in der Geschäftsfähigkeit beschränkt, so ist er nur nach den Vorschriften über den Schadensersatz wegen unerlaubter Handlungen und über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung verantwortlich."

Das Wörtchen „nur" bezeichnet hier eben die durch die Geschäftsunfähigkeit des negotiorum gestor notwendig gewordene Abstandnahme von der actio negotiorum gestorum,

andererseits verweist im Falle der sogen. unechten negotiorum gestio § 687, 2:

> „Behandelt jemand ein fremdes Geschäft als sein eigenes, obwohl er weiß, daß er nicht dazu berechtigt ist, so kann der Geschäftsherr die sich aus den §§ 677, 678, 681, 682 ergebenden Ansprüche geltend machen . . .“

das Wörtchen „kann“ auf die Möglichkeit, zu der konkurrierenden Deliktsklage zu greifen. Bei der systematischen Stellung, die das Bürgerliche Gesetzbuch dem negotiorum gestor als Quasikontrahenten anweist, erscheint eine abweichende Behandlung der reinen Kontraktsklage nicht angebracht, wie es Endemann tun muß, um seine Anschauung zu halten.

Was nun die zweite Ausnahme, die Cosack von der Regel macht, anbetrifft, so müssen wir erwidern, daß ein Verstoß gegen die guten Sitten genau so wie jede andere rechtswidrige Handlung gleichzeitig unter den Tatbestand des Delikts wie dem einer Vertragsverletzung fallen kann, ist doch die Verpflichtung, nicht gegen die guten Sitten zu handeln, nichts anderes als die Abstraktion sämtlicher Vertragspflichten.

Versucht nun Cosack seine Theorie mit dem Hinweis darauf zu halten, daß im Fall der Klagenkonkurrenz die Haftung des Verleihers für culpa lata durch Anwendung des § 823, 1 zu der für omnis culpa gesteigert werden würde, so ist dem entgegenzuhalten, daß eine modifizierende Wirkung der Kontraktsklage genügt, um einer vollständigen Absorption der Deliktsklage aus dem Wege zu gehen. So ist auch in seltener Einstimmigkeit die Literatur des bürgerlichen Rechts Cosack und Endemann entgegen getreten, so vor allem v. Liszt, Deliktsobligation S. 11 f.; Planck, Vorbem. II zu § 823; Oertmann § 823 Anm. 4; Isay, Geschäftsführung nach dem BGB. S. 399 f.; Fischer-Henle Anm. 8 zu § 823; Dernburg II, 1 S. 150.

Das Ergebnis unserer Untersuchung war, daß ein Abweichen vom Standpunkt des römischen Rechts sich in keiner Weise rechtfertigt, vielmehr Kontrakts- und Deliktsverpflichtung nebeneinander besteht. Es fragt sich noch, ob eine abweichende Behandlung der konkurrenten Ansprüche durch die Normen des Reichsrechts geboten ist. Die Tatsache, daß das

moderne Recht nicht mehr auf einem Aktionensystem beruht, dürfte nicht von Einfluß sein, kann man doch durch Verschweigen der Tatsachen, die die Vertragsverletzung zum Delikt stempeln, der heutigen „Anspruchskonkurrenz künstlich die Bedeutsamkeit der Aktionenkonkurrenz zurückgeben" (Peters S. 61). Wenn Kuhlenbeck, Von den Pandekten zum BGB., die Klagenkonkurrenz auffaßt als doppelte Begründungsmöglichkeit eines Anspruchs, so beruht dies auf der von uns oft gerügten Verbindung des wirtschaftlichen und juristischen Gesichtspunkts, die erst vorzunehmen ist in dem Augenblick, wo sie kollidieren, nämlich im Augenblick der Befriedigung. Demnach ist auch nach Bürgerlichem Gesetzbuch eine Einwirkung auf die konkurrente actio nur durch den Satz normiert: „bona fides non patitur, ut bis idem exigatur."

Insbesondere müssen bei Annahme von der Einheit des Anspruchs die Einreden der Rechtshängigkeit und der Rechtskraft statthaft sein, ein Ergebnis, das dem bisherigen Recht widersprechen würde, denn ein konkreter Anspruch kann immer nur einen besonderen, ihn erzeugenden und erschöpfenden Grund haben, gleichviel ob man unter Klagegrund „die tatsächlichen und rechtlichen Umstände" oder das zugrunde liegende Rechtsverhältnis versteht. Aus diesen Gründen ist also der Schutz der §§ 263, 322 zu versagen, und das Mittel, die Treuwidrigkeit eines zweiten Prozesses zu verhindern, ist die Auferlegung der Kosten gemäß § 93 ZPO. Denn hat der Gläubiger einen vollstreckbaren Titel in Händen, so wird es besonderer Umstände bedürfen, daß der Beklagte durch sein Verhalten die neue Klage rechtfertigt. Jedensfalls ist immer dem Klageantrag stattzugeben und der Schuldner in Gemäßheit des konkurrierenden Anspruchs zu verurteilen, vorausgesetzt natürlich, daß der erste Anspruch noch nicht durch Befriedigung erloschen ist. Der Einwand der Schikane (§ 226 BGB.) ließe sich nicht geltend machen, da ein zweites Urteil immerhin mit zur Sicherung des Gläubigers dient, also kann die Ausübung des Klagerechts nicht lediglich schikanös erfolgen. Einer Durchführung der Zwangsvollstreckung auf Grund eines zweiten vollstreckbaren Titels würde die Klage aus § 767 ZPO. entgegen-

stehen, denn ist der erste Anspruch erst nach Schluß der mündlichen Verhandlung, auf die das Urteil erging, untergegangen, so wäre die Möglichkeit gegeben, daß der Gläubiger zwei vollstreckbare Titel in Händen hat, gleichzeitig aber entsteht der Einwand der Zahlung, der die Geltendmachung des zweiten Titels ausschließt.

Auch eine Nachklage auf das plus des konkurrenten Anspruchs muß in konsequenter Durchführung unserer Ansicht gewährt werden. Sie wird heute wesentlich sich beschränken auf die Wertdifferenz zwischen Erfüllungs- und Deliktsort. Wir haben unsere Ansicht darauf gestützt, daß auch im heutigen Recht verschiedene Ansprüche nur auf Grund verschiedener Tatbestände miteinander konkurrieren, es sich also nicht um denselben Anspruch, um denselben Grund handelt. Zwei Stellen der ZPO. scheinen unsere Prämisse in Frage zu stellen, §§ 146, 260. Aus dem Wortlaut letzterer Stelle:

> „Mehrere Ansprüche des Klägers gegen denselben Beklagten können, auch wenn sie auf verschiedenen Gründen beruhen, in einer Klage verbunden werden . . . .“

scheint die Möglichkeit hervorzugehen, daß mehrere Ansprüche auch auf demselben Grunde beruhen können. Es ist dies aber, wie Peters a. a. O. S. 70 hervorhebt, nur denkbar für den Fall der sogen. event. Klagenhäufung, da hier nicht zwei Ansprüche nebeneinander, sondern einer unter Ausschluß des anderen erhoben wird. Einer von den beiden Ansprüchen ist überhaupt nur begründet, trotzdem sie beide kombiniert geltend gemacht werden. Somit kann auch nur ein Klagegrund vorhanden sein, da nur einer der beiden Ansprüche besteht, z. B. man verlangt mit der Vertragsklage Rückgabe event. Schadensersatz. Mehr Bedenken muß § 146 verursachen:

> „Das Gericht kann anordnen, daß bei mehreren auf denselben Anspruch sich beziehenden selbständigen Angriffs- oder Verteidigungsmitteln . . . . die Verhandlung zu beschränken sei.“

Wir müssen hier annehmen, daß die ZPO. es unterlassen hat, die Identität genau zu fixieren. Wie sogar ein Savigny

bestimmt wurde, von „Gemeinsamkeit im juristischen Gegenstand“ zu sprechen, so mag die ungenaue Sprachweise der ZPO. dadurch veranlaßt sein, daß durch gleichzeitige Anführung aller Klaggründe der Konkurrenz jede praktische Bedeutung genommen wird. Es wird über alle Gründe zugleich entschieden, so daß res judicata über sie alle zugleich vorliegt. Es ist mithin auch über alle Ansprüche zugleich entschieden, und nur ein vollstreckbarer Titel wird trotz mehrerer Ansprüche ausgefertigt. Die Kombination bedeutet gewissermaßen ein äußerliches Aufheben der Konkurrenz. Die Möglichkeit, daß res judicata, res in judicium deducta hinsichtlich des einen Anspruchs erfolgt, hinsichtlich des anderen nicht, ist eben nicht mehr vorhanden. Mag auch diese Kombination zur Regel geworden sein, mag aus praktischen Gesichtspunkten es heute angehen, während der ganzen Dauer der mündlichen Verhandlung über die Vertragsklage ihr die Tatbestandsmerkmale der Deliktsklage hinzuzufügen, immer muß betont werden, daß eine Konkurrenz der Ansprüche vorliegt, die auf denselben Gedanken beruht und denselben allgemeinen Grundsätzen untersteht, wie die römische Aktionenkonkurrenz.

Spezialdruckerei für Dissertationen, Robert Noske, Borna-Leipzig.